

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

“DIREITOS HUMANOS COLETIVOS”:

UMA CATEGORIA POSSÍVEL?

**Renato Fernandes Neto**

Brasília

2019

Renato Fernandes Neto

“DIREITOS HUMANOS COLETIVOS”:

UMA CATEGORIA POSSÍVEL?

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília como requisito  
parcial para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique  
Blair de Oliveira.

Brasília

2019

## Resumo

O objetivo deste trabalho é inquirir, a partir de uma perspectiva jurídico-filosófica, se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja construção parte do *indivíduo* como seu elemento básico e justificador, é capaz de acomodar pretensões coletivas de direito, moldadas por especificidades culturais de grupos minoritários. A fim de sustentar a plausibilidade desta nova categoria, por vezes chamada de “direitos humanos coletivos”, este trabalho realiza, primeiramente, um resgate histórico do discurso dos direitos humanos, tendo por marco inicial as teorias jusnaturalistas acerca dos *direitos naturais* e por termo a chamada *concepção contemporânea dos direitos humanos*, passando por algumas das críticas que esta concepção vem sofrendo nas últimas décadas. Em seguida, aborda os aspectos teóricos dos direitos coletivos e o seu reconhecimento, através de mecanismos interpretativos, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos de propriedade indígena. Por fim, a monografia sustenta que não há uma incompatibilidade necessária entre o individualismo dos direitos humanos e a dimensão coletiva destes novos direitos.

## SUMÁRIO

<b>I. INTRODUÇÃO</b>	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
<b>II. QUE SÃO OS DIREITOS HUMANOS?</b>	<b>11</b>
Críticas clássicas à teoria dos direitos naturais	16
A renovação da linguagem dos direitos humanos: a concepção contemporânea	23
Jack Donnelly e a estrutura teórica da Declaração Universal	24
A título de conclusão	30
<b>III. A EMERGÊNCIA DO DEBATE SOBRE OS DIREITOS COLETIVOS</b>	<b>32</b>
Perspectivas críticas sobre os direitos humanos	32
Alguns aspectos teóricos dos direitos coletivos	37
Direitos coletivos no sistema interamericano de direitos humanos	46
A construção jurisprudencial de um direito humano coletivo – De Awas Tingni v. Nicarágua a Kichwa de Sarayaku vs. Equador	47
<b>IV. CONCLUSÃO. “DIREITOS HUMANOS COLETIVOS” – UMA IDEIA PLAUSÍVEL?</b>	<b>61</b>

## I. Introdução

Em um texto de 1996, Charles Taylor lançou o seguinte problema: como seria chegar a um consenso genuíno e não imposto sobre direitos humanos? Quais seriam as condições necessárias para que diferentes culturas, grupos e comunidades religiosas, ao mesmo tempo em que sustentem concepções metafísicas e visões sobre a natureza humana incompatíveis umas com as outras, cheguem a um acordo sobre certas normas de conduta humana? (Taylor 1996, p. 1). Esta questão era premente à época dos trabalhos de preparação da *Declaração Universal de Direitos Humanos*, de 1948. Para Jacques Maritain, o desacordo entre justificativas filosóficas e religiosas para os direitos humanos era como que inevitável: o que podemos atingir – sendo este o esforço empreendido pela *Declaração* – é um acordo sobre um “corpo de convicções práticas comuns” (Maritain 1949, p. 2), não obstante as possíveis e prováveis divergências sobre sua justificação, extensão e interpretação.

As dúvidas que pairam sobre a possibilidade de acordo acerca dos direitos humanos e de sua justificação são derivadas, em parte, de uma contestação à sua pretensão universalista, que vem de diversos *fronts* (Ignatieff 2001), que variam desde críticas ligadas aos movimentos indígenas, à contraposição entre os direitos humanos e os chamados “valores asiáticos”, de setores do Islamismo e, dentro dos próprios muros filosóficos ocidentais, de alguns autores comumente associados ao marxismo e à crítica pós-moderna<sup>1</sup>. Apesar de serem substancialmente diferentes, podemos dizer que algo une estas diferentes réplicas: a ideia de que a concepção de direitos humanos possui uma forte carga etnocêntrica, o que se traduz como a percepção de que “os direitos humanos, como têm sido normatizados no âmbito do direito internacional, refletem, preponderantemente, os valores da cultura ocidental”, não possuindo “uma identificação

---

<sup>1</sup> Para versões das diferentes críticas, ver Arslan 1999, Barsh 1995, Ghai 1998 e Zizek 2010.

de fins e valores comungados por todos os seres humanos” (Barreto e Wasem 2012, p. 7186).

Além dos valores que informam as prescrições dos direitos humanos, há uma questão de forma que deve ser levada em conta, a forma dos *direitos*. Como desdobramento de seu questionamento sobre a possibilidade de um consenso sobre normas de aplicação universal, Taylor faz a advertência de que não deveríamos pressupor que este consenso assumiria necessariamente a *linguagem dos direitos*, uma vez que ela não diz respeito apenas a um conjunto de categorias jurídicas neutras, mas contém em si uma história e uma filosofia que remontam às origens da modernidade e à tradição do direito natural, e que, portanto, seria estranha a várias outras culturas (Taylor 1996, pp. 1-2).

Quando falamos em direitos, como proclamados em Cartas, Convenções, Declarações de Direitos Humanos e Constituições modernas, trabalhamos com uma noção entrincheirada na tradição jurídica ocidental, a categoria de direito subjetivo (*right, droit subjectif*). Distintamente da noção objetiva de direito, que se refere a um complexo de “preceitos ou disposições que se destinam a membros de uma convivência” (Reale 2002, p. 180) e que, nas palavras de Ferraz Jr., “não pertence a ninguém socialmente” (Ferraz Junior 2018, p. 154), a noção subjetiva de direito diz respeito à dimensão pessoal da experiência jurídica, refletindo a proteção dada pelas normas a certos interesses de um dado sujeito – o sujeito de direito. Como ressalta Taylor, o sistema de direitos subjetivos concede aos indivíduos uma margem de liberdade e iniciativa que não derivam simplesmente de um plexo de normas (Taylor 1986, pp. 49-57). Os sujeitos são capazes de provocar a jurisdição para buscar reparação, fazer valer um direito ou até dele abdicar.

O fato é que tal configuração jurídica ganha seus lineamentos na modernidade, a partir do surgimento de uma nova ideia de liberdade, tributária do conceito cristão de *libre arbitrio*. A liberdade dos modernos torna-se elemento legitimador do nascente Estado de Direito e representa, na expressão de Menelick de Carvalho Netto, “o maravilhamento de uma sociedade que descobre a possibilidade de se instituir sem a escravidão e sem a servidão, a possibilidade de se afirmar pela primeira vez na história que todos os homens são livres, iguais e proprietários” (Carvalho Netto 2002, p. 75). Esta liberdade serviu de elemento justificador às

primeiras formulações de direito subjetivo, considerado, no séc. XIX, um dado prévio à constituição do direito objetivo.

A linguagem dos direitos surge, portanto, como produto de processos culturais e políticos constitutivos da experiência de construção dos Estados modernos ocidentais e vai de mãos dadas com a afirmação do indivíduo, de sua liberdade e de sua precedência sobre a sociedade, princípios estes básicos do contratualismo, a filosofia por excelência do constitucionalismo em seus primórdios.

A instituição da sociedade política se dá, de acordo com a hipótese do estado de natureza, através de um acordo, de um *pacto* entre indivíduos livres e iguais que, ao pesar os prós e contras de sua condição pré-política, decidem-se por se juntar e fundar uma “sociedade política”. Note-se que o indivíduo e as características universalmente a ele atribuídas por Hobbes (2014), Locke (1998) e Rousseau (2014) – a razão de que todos são dotados, a liberdade natural e a igualdade em faculdades do corpo e do espírito (que, no caso de Rousseau, não se distribui de modo inteiramente igual pela natureza, mas deve ser instaurada através do pacto social), assim como os instintos e pendoros que fazem cabo de guerra com a razão – constituem os pressupostos de legitimidade da ordem política moderna. O indivíduo é portador de direitos que derivam da lei natural apreendida racionalmente, e é dever da sociedade política reconhecê-los.

Dos primórdios dos Estados modernos para cá, o conceito de direito subjetivo – e o consequente reconhecimento de uma série de direitos pertencentes aos seres humanos *qua* seres humanos – popularizou-se mundo afora e se tornou, sim, a forma do consenso sobre certas coisas que *não* devem ser feitas com nenhum ser humano e outras que devem ser necessariamente realizadas *para* cada ser humano<sup>2</sup>. Os direitos humanos tornaram-se o ponto de partida de uma nova utopia emancipatória<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Esta fórmula é inspirada na definição de direitos humanos sugerida por Michael J. Perry: “*The idea of human rights that informs these various international human rights documents (and many others) is, then, in part, the idea that there is something about each and every human being, simply as a human being, such that certain choices should be made and certain other choices rejected; in particular, certain things ought not to be done to any human being and certain other things ought to be done for every human being*” (Perry 1998, p. 13, grifos no original).

<sup>3</sup> Boaventura de Sousa Santos (1997), que propõe uma versão da teoria dos direitos humanos capaz de lhes tornar, em sua visão, um verdadeiro “guião emancipatório”, chega se perguntar se os direitos humanos seriam capazes de preencher o vazio deixado pelo socialismo.

Especialmente após as atrocidades ocorridas desde a primeira guerra mundial até o fim dos regimes totalitários na Europa ocidental e oriental, formou-se uma espécie de consenso internacional sobre a necessidade de proteção dos seres humanos independentemente de seus ordenamentos jurídicos (Piovesan 2014, locais 808-813). A ideia dos direitos humanos assume proeminência e se torna um pilar do direito internacional com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* em 1948 (doravante DUDH ou Declaração de 1948) e a construção de um sistema internacional multifacetado de proteção aos direitos propostos na Declaração e postulados em Pactos e Tratados subsequentes. Desde então, estes direitos se tornaram verdadeira *lingua franca* moral no plano das relações internacionais, arregimentaram ativistas dedicados à sua causa, e se expandiram consideravelmente para além do estreito escopo das liberdades negativas reconhecidas nas Declarações setecentistas.

O movimento de expansão dos direitos humanos seguiu, de acordo com Bobbio (Bobbio 2004, p. 32), duas linhas distintas, uma de **universalização** – em que os direitos de “primeira geração” foram progressivamente reivindicados por e conferidos àqueles que outrora não eram abarcados pela noção de *Homem* dos direitos do homem, a exemplo das mulheres, dos escravos e dos homens não proprietários – e uma de **multiplicação**, em que novos direitos foram propostos na esteira de mudanças sociais significativas. Esta “proliferação de direitos” teria se dado em virtude das seguintes causas:

a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo (Bobbio 2004, p. 32).

Bobbio está aqui a falar de direitos que podem ser alocados tanto na “segunda” quanto na “terceira” geração de direitos. Dentre os novos direitos associados à terceira geração, uma categoria em especial tem chamado a atenção da literatura filosófica nas últimas décadas – os denominados *direitos coletivos*, *direitos de grupos*, ou *direitos de minorias*. Comumente associados aos debates sobre o multiculturalismo, os direitos coletivos são, em suma, direitos reivindicados principalmente por minorias



nacionais, étnicas e religiosas, cujo escopo seria a proteção de suas distintas identidades culturais.

Este tipo de direito encarna as três linhas de causa das novas reivindicações sugeridas por Bobbio: (i) têm por objetivo proteger a *identidade cultural*, algo que em tempos recentes veio a ser considerado um *bem*, algo cuja preservação vale a pena; (ii) não é conferido aos sujeitos humanos individualmente considerados, mas a um grupo de pessoas; e (iii) repousa sobre maneiras específicas de ser dos membros de um dado grupo – são direitos dos *indígenas*, dos *judeus ultraortodoxos*, dos *quebequenses* etc.

Cabe-nos, no entanto, propor o seguinte problema: há sentido em falar de direitos reivindicados por agrupamentos humanos específicos como parte integrante dos direitos humanos? A pergunta é importante por algumas razões. Primeiramente, porque sugere que nos apartemos de uma compreensão dos direitos humanos como algo possuído apenas por indivíduos, “sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição” (Artigo 2 do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*). Em segundo lugar, porque estas reivindicações de direito se reportam a condições sociais que não são adequadamente abarcadas pelo raio de proteção dos direitos humanos reconhecidos nos principais tratados em vigor. Por fim, porque alguns de seus proponentes acusam explicitamente o individualismo subjacente aos direitos como uma espécie de defeito do liberalismo (Van Dyke 1977; McDonald 1992). Este defeito estaria impregnado nos direitos humanos e o impediria de alcançar um grau maior de pertinência universal, de multiculturalidade.

Para esboçar uma tentativa de resposta a esta questão, pretendo realizar um percurso que passa por três caminhos. No primeiro capítulo, apresento um breve histórico dos direitos humanos, começando pela ideia dos direitos naturais e chegando à chamada “concepção contemporânea” dos direitos humanos. O objetivo de tão diminuto apanhado histórico-filosófico é apenas apontar as principais características comumente associadas aos direitos humanos, especialmente o sentido do individualismo que lhe é subjacente.

No segundo capítulo introduzo o conceito de direitos coletivos formulado como uma proposta de resposta a alguns dos problemas não enfrentados pelos clássicos direitos individuais, passando pelas controvérsias que rondam este construto teórico. Em seguida, passo à análise de como a Corte Interamericana de Direitos Humanos

procedeu argumentativamente para reconhecer, em uma sucessão de julgados, o *direito à propriedade indígena comunal*, formando assim o precedente internacional mais significativo de reconhecimento de um “direito humano coletivo”, mesmo operando sob o marco dos direitos individuais.

Por último e a título de conclusão, teço alguns singelos comentários acerca da plausibilidade da ideia dos direitos coletivos e sugiro alguns motivos para o seu acolhimento no seio da teoria e prática dos direitos humanos.

## II. Que são os direitos humanos?

"Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade". Como observa a historiadora Lynn Hunt, esta única frase da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, especialmente o primeiro trecho – "consideramos estas verdades autoevidentes" (*we hold these truths to be self-evident*), adicionado de última hora por Thomas Jefferson – "transformou um típico documento do século XVIII sobre injustiças políticas numa proclamação duradoura dos direitos humanos" (Hunt 2007, p. 13). Posteriormente, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, influenciada pelo processo de independência dos Estados Unidos, proclamaria a universalidade dos direitos do Homem e se tornaria o verdadeiro símbolo do início da "era dos direitos".

A continuação do trecho supramencionado da Declaração de Independência revela-nos um pouco mais sobre o contexto que envolvia a afirmação dos *direitos naturais* ou *direitos do Homem*:

Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade (grifos meus).

Os governos, de acordo com a filosofia que propôs um novo modelo de legitimidade para a constituição de sociedades políticas e esteve por trás da construção dos modernos Estados de Direito – o *jusnaturalismo* –, seriam instituídos para salvaguardar determinados direitos, preexistentes à sociedade política, porque não derivados do “beneplácito do soberano”, na expressão de Norberto Bobbio (Bobbio 2004, p. 8). Tal governo só seria legítimo se derivado do consenso entre os indivíduos que o compõem, numa transação que envolveria a renúncia a certos direitos em favor do

Estado, que em contrapartida garantiria proteção aos direitos remanescentes dos indivíduos (Bobbio 1986, p. 71). Esta ideia é resumida com precisão por Virgílio Afonso da Silva:

O elemento justificador, por excelência, das primeiras declarações de direitos foi, sem dúvida, o recurso à idéia de direitos naturais. Isso pode ser notado, para me limitar às duas grandes declarações de direitos fundamentais, por meio da recorrente menção à idéia de direitos inatos e, por isso, inalienáveis e imprescritíveis. O recurso a essa idéia tem uma razão simples, que pode ser expressada pelo contratualismo lockeano, segundo o qual o Estado tem o dever de respeitar alguns direitos básicos - especialmente a liberdade e a propriedade - porque tais direitos, por serem naturais e inalienáveis, não podem ser dispostos nem mesmo por seus titulares. E como todo o poder do Estado decorre, em linhas gerais, da transferência de direitos e competências dos indivíduos para o ente estatal, esses direitos naturais estão excluídos automaticamente dessa transferência (Silva 2005, p. 552-553).

O recurso à ideia de direitos naturais marca o início de um novo critério de legitimidade para o estabelecimento de governos na idade moderna. Se a *Declaração de Independência dos Estados Unidos* afirma direitos que “já eram em grande parte realidade em uma sociedade não-estamental” (Silva 2005, p. 544), como o era a sociedade norte-americana, a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* coroou o processo revolucionário francês de rompimento com a antiga ordem política e, conseqüentemente, com os modelos explicativos que lhe davam sustentação.

A proposta jusnaturalista de explicação da origem do Estado representou uma quebra com o que Bobbio chama de “modelo aristotélico”, até então dominante na filosofia política. De acordo com esta explicação, a instauração do Estado não se dá por meio de um acordo racional de vontades, mas é o resultado da evolução gradativa de formas de sociabilidade, que tem início com a forma mais básica de associação entre os seres humanos, a família, e prossegue até formas mais amplas e complexas de relacionamento, como a aldeia, a província e o Estado. Como observa o filósofo italiano, “são surpreendentes a duração, a continuidade, a estabilidade, a vitalidade de que deu prova esse modo de descrever a origem do Estado” (Bobbio 1986, p. 41).

Uma das diferenças mais marcantes entre esta teoria e a jusnaturalista reside nas diferentes relações entre o indivíduo e a sociedade – não só a sociedade política, mas também os agrupamentos chamados em teoria de “pré-políticos”. No princípio do modelo aristotélico está a associação entre os indivíduos (tendo em vista ser a sociedade

familiar o embrião de todas as outras formas de sociedade); no princípio do jusnaturalista está o indivíduo (Bobbio 1986, p. 44). No primeiro caso, as relações entre as pessoas em associações pré-políticas são marcadas pela desigualdade e pela hierarquia; no segundo, os indivíduos vivem em estado de igualdade e liberdade, mantendo independência entre si:

Do mesmo modo como, no estado de natureza, são naturais a liberdade e a igualdade, no estado social do modelo aristotélico são naturais a dependência e desigualdade. Enquanto estado de indivíduos livres e iguais, o estado de natureza é o local dos direitos individuais naturais, a partir dos quais é constituída de vários modos e com diferentes resultados políticos – a sociedade civil (Bobbio 1986, p. 45).

A novidade jusnaturalista não diz respeito apenas a uma diferente explicação sobre a origem dos Estados, mas reflete outra concepção do ser humano e de suas características. A proclamação de *direitos inatos ao ser humano* é o corolário desta nova compreensão, que será aqui denominada *individualista*. O individualismo diz respeito à percepção dos sujeitos concretos – dos indivíduos “empíricos”, representantes individuais da espécie humana – como criaturas autônomas e independentes do corpo social de que fazem parte (Dumont, 1985, p. 37). O indivíduo, neste sentido, é considerado um *ente moral* e suas características principais são a liberdade e a igualdade. Este é o núcleo central do que o antropólogo Louis Dumont chama de “ideologia moderna”<sup>4</sup>.

A especificidade desta concepção é mais bem compreendida quando contraposta com outras formas de compreensão dos seres humanos – como a vigente no modelo aristotélico e em sociedades hierárquicas como a indiana, estudada por Dumont. Nas sociedades deste último tipo, que Dumont chama de *holistas*, “o ideal define-se pela organização da sociedade em vista de seus fins (e não em vista da felicidade individual)”. A hierarquia, a ordem e a interdependência são seus valores-chave, e “cada homem particular deve contribuir em seu lugar para a ordem global” (Dumont 2008, p. 57).

---

<sup>4</sup> O conceito de ideologia proposto pelo antropólogo Louis Dumont, que a define como um conjunto de ideias e valores que compõem o sistema de representações em uma dada sociedade, marca seu distanciamento com a tradição marxista, visto que, segundo ele, o cientista social não deve “se inclinar diante do uso especial que limita a ideologia às classes sociais e lhe dá um sentido puramente negativo, lançando assim com fins partidários o descrédito sobre as ideias ou representações em geral” (Dumont, 2008, p. 51).

Já nas sociedades modernas, o sujeito concreto encarna os atributos da própria humanidade, é o depositário das faculdades humanas. Ao invés de ser apenas parte de um todo orgânico, o indivíduo é considerado *um fim em si mesmo* – e a sociedade é apenas um meio para a consecução de seus fins. Suas obrigações para com os outros indivíduos assumem caráter contratual, tanto que apenas por meio de um pacto social ele é capaz de se sujeitar a um poder que lhe é exterior. A igualdade e a liberdade não são apenas seus atributos – são seus principais direitos.

De acordo com Bobbio, a questão da moral sempre foi mais analisada pelo ângulo da sociedade do que pelo do indivíduo (Bobbio 2004, p. 29). A função dos códigos de conduta era menos a proteção de indivíduos e situações subjetivas do que a manutenção da integridade e harmonia das comunidades. Foi preciso uma verdadeira “revolução copernicana”<sup>5</sup> em termos de moral para que o ponto de partida das considerações morais saltasse da comunidade para o indivíduo – e os direitos do Homem, sustentados pela doutrina filosófica do jusnaturalismo, são a consagração desta revolução moral.

Um conjunto de doutrinas políticas e filosóficas não é capaz, contudo, de gerar uma verdadeira revolução moral. O individualismo entrincheirou-se progressivamente na autopercepção das pessoas na modernidade ocidental, que passaram a se compreender como entes morais *autônomos*.

Uma hipótese levantada pela historiadora Lynn Hunt é de que a conversa dos direitos só pôde tomar lugar na praça pública em virtude de uma percepção cada vez mais individualizada dos seres humanos sobre si mesmos e da ampliação do círculo de pessoas pelas quais alguém poderia sentir *empatia*, sua “capacidade de identificação através de linhas sociais”. Um dos motores da criação de empatia, de acordo com Hunt, foi o desenvolvimento do gênero literário *romance*, pois os seus mecanismos narrativos permitiam um desenvolvimento mais profundo dos personagens, o que sugeriria “a ideia de que todas as pessoas são fundamentalmente semelhantes por causa de seus

---

<sup>5</sup> “Para que pudesse ocorrer (expressando-me figurativamente, mas de um modo, que me parece suficientemente claro) a passagem do código dos deveres para o código dos direitos, era necessário inverter a moeda: o problema da moral devia ser considerado não mais do ponto de vista apenas da sociedade, mas também daquele do indivíduo. Era necessária uma verdadeira revolução copernicana, se não no modo, pelo menos rios efeitos. Não é verdade que uma revolução radical só possa ocorrer necessariamente de modo revolucionário. Pode ocorrer também gradativamente. Falo aqui de revolução copernicana precisamente no sentido kantiano, como inversão do ponto de observação” (Bobbio 2004, p. 29).

sentimentos íntimos, e muitos romances mostravam em particular o desejo por autonomia” (Hunt 2007, p. 39).

A identificação do público leitor com pessoas de outras classes sociais, que não pertenciam aos seus círculos de relacionamento, ocorreu, de acordo com Hunt, através do reconhecimento da *individualidade interior* das outras pessoas, representadas, por exemplo, nos personagens de romances epistolares. Ao revelar a rica vida íntima – com um amplo arco de sentimentos, percepções sobre o mundo e *raciocínios morais* – de personagens que ocupavam posições inferiores na escala social, como plebeus, criados e mulheres, os romances sugeriam que “a individualidade dependia da interioridade” e que “todos os indivíduos tinham essa interioridade” (Hunt 2007, p. 48), fato que os tornavam, ao menos em um sentido básico, iguais. A individualidade, a igual capacidade dos seres humanos de pensar, sentir e decidir sobre questões morais, de realizar a “busca da felicidade” ao seu próprio modo, constituiriam, assim, o “ponto de referência sentimental interior” (Hunt 2007, p. 25) dos nascentes direitos humanos.

Longe de esposar a ideia simplista de que os romances criaram o senso de individualidade responsável por gerar empatia e abrir caminho para o sucesso da conversa sobre direitos humanos, o que o argumento de Hunt sugere – e o que pretendo ressaltar ao trazer à baila seu argumento – é a necessidade de uma autopercepção individualista para o florescimento da doutrina dos direitos humanos. Hunt resume a ideia da seguinte maneira:

O que sustentava essas noções de liberdade e direitos era um conjunto de pressuposições sobre a autonomia individual. Para ter direitos humanos, as pessoas deviam ser vistas como indivíduos separados que eram capazes de exercer um julgamento moral independente; como dizia Blackstone, os direitos do homem acompanhavam o indivíduo "considerado como um agente livre, dotado de discernimento para distinguir o bem do mal". Mas, para que se tornassem membros de uma comunidade política baseada naqueles julgamentos morais independentes, esses indivíduos autônomos tinham de ser capazes de sentir empatia pelos outros. Todo mundo teria direitos somente se todo mundo pudesse ser visto, de um modo essencial, como semelhante. A igualdade não era apenas um conceito abstrato ou um slogan político. Tinha de ser internalizada de alguma forma (HUNT 2007, p. 25-26).

O realce que dei à relação entre a ideia dos direitos humanos e o individualismo moral não é sem propósito para a nossa discussão: o individualismo dos direitos humanos foi motivo de crítica tanto à época de seu nascimento quanto o é contemporaneamente, sendo um dos cerne da discussão atual sobre direitos coletivos.

Mas antes de nos adiantarmos às discussões contemporâneas, vale retomarmos o percurso da ideia dos direitos naturais. A asserção de direitos inerentes ao homem não passou incólume a críticas, tendo sofrido ataques ferinos de proeminentes figuras da filosofia política, tais como Jeremy Bentham, Edmund Burke e Karl Marx, autores um tanto quanto distintos em suas perspectivas teóricas.

### **Críticas clássicas à teoria dos direitos naturais**

Jeremy Bentham, expoente do utilitarismo e um dos precursores do positivismo inglês, fez talvez a mais ácida das críticas clássicas aos direitos do Homem. Em um texto postumamente publicado, denominado *Anarchical Fallacies*, Bentham expôs não só sua oposição à doutrina dos direitos naturais, mas também à redação da *Declaração*, aos direitos propriamente reconhecidos e às temíveis consequências de tal reconhecimento. Seguindo a sistematização dos argumentos de Bentham feita por Maria Clara Calheiros (Calheiros 2015, pp. 3-4), as objeções feitas pelo autor podem ser divididas em objeções legais, lógicas e políticas, todas interligas entre si e expostas indistintamente em seu panfleto.

O centro da crítica Benthamita está na rejeição à ideia de direitos derivados de uma suposta compreensão da natureza humana. Segundo Bobbio, sua aversão ao jusnaturalismo era fruto da incompatibilidade de seu empirismo com o caráter metafísico daquela doutrina, ancorada em um conceito – o de natureza humana – “não suscetível de um conhecimento experimental” (Bobbio 1995, p. 92). Para Bentham, os direitos subjetivos são frutos de um governo estabelecido e do direito objetivo que dele emana.

*How stands the truth of things? That there are no such things as natural rights – no such things as rights anterior to the establishment of government – no such things as natural rights opposed to, in contradistinction to, legal: that the expression is merely figurative; that when used in the moment you attempt to give it a literal meaning it leads to error, and to that sort of error that leads to mischief – to the extremity of mischief. (Bentham 1987, p. 52).*



Os direitos naturais eram, em sua visão, nada mais do que uma metáfora; eram “direitos imaginários” derivados de “leis imaginárias”, “*fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons*” (Bentham 1987, p. 69). Deste erro fundamental de concepção derivariam praticamente todos os outros problemas da *Declaração*.

Em sua crítica ao art. 2º desta<sup>6</sup>, Bentham expressa sua rejeição ao próprio fundamento jusnaturalista de justificação do poder político ao apontar o que ele considera serem as *falsidades* da proposição de que as associações políticas extraem sua legitimidade da proteção que oferecem aos direitos naturais possuídos pelo ser humano em seu estado pré-político (o estado de natureza).

Para aceitarmos a proposta contida no art. 2º teríamos de aceitar igualmente as suas implicações: a de que existem direitos anteriores ao estabelecimento de governos, a de que estes direitos não podem ser revogados pelo governo e a de que os governos ou associações políticas são formados através de um *convenção* ou *contrato social*, no qual todos os membros da associação seriam igualmente contratantes (Bentham 1987, p. 52).

Bentham argumenta que tais implicações não podem ser aceitas, pois (i) os direitos seriam “filhos” *apenas* do direito objetivo e somente poderiam ser assegurados por governos estabelecidos, (ii) os direitos não podem ser considerados imprescritíveis ou intocáveis pelo governo, devendo perdurar aqueles *vantajosos para a sociedade* e perecer os que não o forem, sendo o critério da *vantagem* ou da *utilidade* o seu verdadeiro parâmetro de avaliação<sup>7</sup>, e (iii) a ideia de um contrato social forjado por pessoas vivendo em um estado de natureza é *puramente fictícia* e não representaria a realidade da formação dos governos – em geral construídos à *força* e legitimados pelo *hábito*<sup>8</sup>. Todo o edifício de legitimação dos governos seria, portanto, baseado em erros conceituais e factuais.

---

<sup>6</sup> Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

<sup>7</sup> “*That in proportion as it is right or proper, i.e. advantageous to the society in question, that this or that right - a right to this or that effect - should be established and maintained, in that same proportion it is wrong that it should be abrogated: but that as there is no right, which ought not to be maintained so long as it is upon the whole advantageous to the society that it should be maintained, so there is no right which, when the abolition of it is advantageous to society, should not be abolished.*” (Bentham 1987, p. 53).

<sup>8</sup> “*The origination of governments from a contract is a pure fiction, or in other words, a falsehood. It never has been known to be true in any instance; the allegation of it does mischief, by involving the*

Sua crítica atinge ainda os direitos proclamados – a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão –, encontrando na asserção de uma liberdade postulada sem restrições (“*unbounded liberty*”) e no direito à resistência os maiores perigos políticos da *Declaração* francesa. Em seu entender, havia na Declaração as sementes para a perpétua ativação das paixões humanas e do espírito de insurreição contra os governos estabelecidos. Afinal, os alegados direitos do Homem não eram só *falaciosos* – eram também *anárquicos*.

Diferentemente de Jeremy Bentham, um simpatizante da revolução francesa em seus primórdios que se desgostou de seus desenvolvimentos<sup>9</sup>, Edmund Burke foi um de seus mais acentuados críticos em solo inglês – e, por consequência, um opositor dos direitos naturais. Sua crítica à doutrina dos direitos do homem possui vestígios utilitaristas (Waldron 1987, p. 84) e traços distintivos de seu conservadorismo antirracionalista.

Algumas de suas críticas se aproximam de algum modo das preocupações de Bentham, como o caráter abstrato dos chamados direitos naturais e o modo pelo qual os proponentes destes direitos ignoram as circunstâncias que envolvem as atividades de um governo. O exercício do poder político e administrativo em uma unidade política – afirma Burke – não pode se fiar em princípios definidos *a priori*, em matéria especulativa, por se tratar de uma “ciência prática”, que requer observação de contextos específicos, raciocínios que levem em conta a conveniência e a utilidade das ações, aprendizado com experiências passadas e um profundo conhecimento sobre a natureza e as necessidades humanas (Burke 1987, pp. 105-106).

Para Burke, os proponentes dos direitos naturais, embebidos pela vaidade de suas teorias, não levaram em conta considerações desta estirpe. Em oposição às experiências políticas até então conhecidas e testadas, propuseram direitos que são

---

*subject in error and confusion, and is neither necessary nor useful to any good purpose. All governments that we have any account of have been gradually established by habit, after having been formed by force; unless in the instance of governments formed by individuals who have been emancipated, or have emancipated themselves, from governments already formed, the governments under which they were born- a rare case, and from which nothing follows with regard to the rest.”* (Bentham 1987, p. 53).

<sup>9</sup> Vale a pena transcrever o comentário de Bobbio sobre a posição de Bentham acerca da revolução francesa: “A postura iluminista de Bentham é também posta em evidência pelo seu comportamento diante da Revolução Francesa. Pertence, de fato, ao restrito grupo de intelectuais progressistas ingleses que (contrastando com a hostilidade geral suscitada na Inglaterra pelos acontecimentos na França — basta recordar a posição assumida por Burke, cf. § 12) simpatizaram com a primeira fase da Revolução, quando parecia que ela iria se limitar a introduzir na França o sistema constitucional próprio da Grã-Bretanha (mas diante dos acontecimentos posteriores — regicídio, proclamação da república etc. — mesmo esses intelectuais, Bentham inclusive, mudaram de postura).” (Bobbio 1995, p. 93).

metafisicamente perfeitos na mesma medida em que padecem de defeitos práticos. Como bem observa Waldron (1987, p. 83), Burke não era avesso à linguagem dos direitos. Em verdade, contrapõe aos direitos naturais “os verdadeiros direitos do homem”, frutos da convenção, da vida das pessoas em sociedade e dos dispositivos sociais criados para satisfazer as necessidades humanas:

*In denying their false claims of right, I do not mean to injure those which are real, and are such as their pretended rights would totally destroy. If civil society be made for the advantage of man, all the advantages for which it is made become his right. It is an institution of beneficence; and law itself is only beneficence acting by a rule. Men have a right to live by that rule; they have a right to justice; as between their fellows, whether their fellows are in politic function or in ordinary occupation. They have a right to the fruits of their industry; and to the means of making their industry fruitful. They have a right to the acquisitions of their parents; to the nourishment and improvement of their offspring; to instruction in life, and to consolation in death. Whatever each man can separately do, without trespassing upon others, he has a right to do for himself; and he has a right to a fair portion of all which society, with all its combinations of skill and force, can do in his favour. (Burke 1987, p. 104).*

Os direitos de que fala Burke são todos direitos de indivíduos vivendo em sociedade, frutos de uma tradição política específica. Em nenhum momento ele realiza raciocínios a partir da hipótese de pessoas vivendo numa situação pré-política, pois a hipótese do *estado de natureza* lhe parece uma abstração implausível. Como observa Yuval Levin, Burke parte de uma concepção do ser humano como “uma criatura social, vivendo com outros homens em uma sociedade organizada e com governo” (Levin, 2017, p. 74).

É no seio desta sociedade organizada que os indivíduos desenvolvem, através das gerações, os direitos e liberdades que lhes pertencem, recorrendo ao cabedal de conhecimento acumulado ao longo da história – e não a supostos direitos inerentes ao ser humano em uma condição pré-política. Isto não significa que Burke ignore argumentos relativos à natureza humana. “*Government is a contrivance of human wisdom to provide for human wants*”, afirma Burke (Burke 1987, p. 105). Para prover estas necessidades é preciso um profundo conhecimento sobre a natureza dos seres humanos. Sua contenda com os argumentos jusnaturalistas reside, em parte, em sua diferente percepção sobre o que seja esta natureza.

Numa palavra, Burke percebe o ser humano como “um ser animal, um ser racional e uma criatura de simpatias e sentimentos” (Levin, 2017, p. 76), e que a vida em sociedade depende de sentimentos, afetos e rituais que liguem os indivíduos uns aos outros, de modo a evitar a violência à qual eles podem se inclinar se deixados à própria sorte. Os “sentimentos cálidos”, a honra e o cavalheirismo eram exemplos de elementos que ajudavam a ajambrar a sociedade e manter a paz, a ordem e os direitos conquistados ao longo da história e desenvolvidos em uma tradição política.

Esta ênfase em elementos sentimentais, convenções, tradições e experiências passadas revela a marca distintivamente conservadora de sua crítica à revolução francesa e aos direitos naturais. Em sua visão, a revolução tinha o potencial de estripar a sociedade de todos estes elementos capazes de fazer “o poder gentil e a obediência liberal”, desfazendo um edifício construído através de muitas gerações. Como pontua Paulo Henrique Paschoeto Cassimiro, “em Burke, o tradicionalismo das causas convive com o utilitarismo das consequências” (Cassimiro 2015, p. 380).

Por último, interessa-nos especialmente a crítica de Karl Marx, contida em *Sobre a questão judaica*, porque se endereça não só à ideia de direitos naturais, mas também ao conceito de indivíduo que lhe é subjacente. Ao discorrer sobre o desejo de emancipação dos judeus em relação ao Estado na Alemanha, Marx estabelece distinções entre a emancipação política, almejada pelos judeus, e a verdadeira emancipação humana.

Embora a emancipação política, isto é, a desvinculação do Estado de uma religião oficial e a constituição de uma sociedade política em que cada membro do povo é considerado como “participante igualitário da soberania nacional” (Marx 2010, locais 635-637), seja considerada um progresso por Marx, ela não liberta o homem da religião e dos elementos da vida burguesa que o separam de sua essência. A emancipação política operaria uma cisão no homem, que levaria uma vida dupla: uma vida “celestial”, em que partilharia da soberania e seria um “ente comunitário”, e uma vida mundana, “a vida na sociedade burguesa, na qual ele atua como pessoa particular, encara as demais pessoas como meios, degrada a si próprio à condição de meio e se torna um joguete na mão de poderes estranhos a ele” (Marx 2010, locais 651-652).

Esta cisão se revelaria na diferença entre os direitos do cidadão (*droits du citoyen*) e os direitos do homem (*droits de l'homme*), ambos presentes na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Os direitos do cidadão, os quais Marx aplaude, são os direitos “que são exercidos somente em comunhão com outros. O seu conteúdo é constituído pela participação na comunidade, mais precisamente na comunidade política, no sistema estatal” (Marx 2010, locais 798-800). Já os *droits de l'homme* “nada mais são do que os direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade” (Marx 2010, locais 825-826).

Ao analisar os direitos específicos contidos na declaração, Marx não deixa de asseverar que se referem a uma concepção burguesa de homem, em que os sujeitos concretos encontram-se separados uns dos outros, limitando-se a si próprios. O direito à liberdade, por exemplo, é considerado como a “liberdade do homem como mônada isolada recolhida dentro de si mesmo” (Marx 2010, local 830). Sua posição geral em relação aos direitos humanos pode ser resumida na seguinte passagem:

Portanto, nenhum dos assim chamados direitos humanos transcende o homem egoísta, o homem como membro da sociedade burguesa, a saber, como indivíduo recolhido ao seu interesse privado e ao seu capricho privado e separado da comunidade. **Muito longe de conceberem o homem como um ente genérico, esses direitos deixam transparecer a vida do gênero, a sociedade, antes como uma moldura exterior ao indivíduo, como limitação de sua autonomia original.** O único laço que os une é a necessidade natural, a carência e o interesse privado, a conservação de sua propriedade e de sua pessoa egoísta (Marx 2010, locais 861-863, grifos meus).

É neste sentido que a emancipação política é incompleta: a esfera coletiva oferecida pelo o Estado é considerada inferior à vida individual. O objetivo de seu estabelecimento é justamente salvaguardar os direitos do homem egoísta em sua esfera privada. Já a emancipação humana seria completa, porque retiraria o homem do estado de alienação em que vive quando atua como indivíduo. Como observa Leszek Kolakowski, para Marx “*the purpose of human emancipation is to bring it about that the collective, generic character of human life is real life, so that society itself takes on a collective character and coincides with the life of the state*” (Kolakowski, 1978, p. 126). Assim, a crítica marxista se volta exatamente contra a concepção de indivíduo da

filosofia contratualista – e o faz propondo uma outra concepção de natureza humana, que por vezes chama de “vida do gênero”, e que pressupõe uma integração dos sujeitos concretos com a comunidade humana de que fazem parte. Em síntese, os direitos humanos seriam expressão de uma concepção de ser humano especificamente burguesa, que haveria de ser superada quando da verdadeira emancipação humana.

Não é possível atribuir apenas a estas críticas a razão do declínio da linguagem universalista empregada pelos revolucionários setecentistas. Contudo, elas certamente desempenharam um papel – especialmente as de Bentham e Burke, precursores, respectivamente, do positivismo e do historicismo – no movimento de erosão do paradigma jusnaturalista, que era a base filosófica dos direitos naturais. Tal declínio não esvaziou, contudo, o conteúdo dos direitos afirmados e o individualismo que lhes era subjacente, de modo que tais elementos se tornaram centrais ao liberalismo político. Os direitos de igualdade e liberdade, proclamados nas Declarações do séc. XVIII positivaram-se em constituições nacionais e se desdobraram em direitos específicos, assegurados pelos entes estatais que os proclamaram<sup>10</sup>. A história dos direitos do homem se entrelaçou com a própria história do constitucionalismo<sup>11</sup> e com o desenvolvimento dos direitos fundamentais em suas distintas “gerações” ou “dimensões”<sup>12</sup>.

Não obstante, o acento distintivo da Declaração francesa, que era a pretensão de universalidade destes direitos, não vingou num sistema internacional de proteção de direitos, nem logrou se tornar uma categoria importante de reflexão política até meados do séc. XX. Seu fruto mais notável foi a consagração da linguagem dos

---

<sup>10</sup> “A longa lacuna na história dos direitos humanos, de sua formulação inicial nas revoluções americana e francesa até a Declaração Universal das Nações Unidas em 1948, faz qualquer um parar para pensar. Os direitos não desapareceram nem no pensamento nem na ação, mas as discussões e os decretos agora ocorriam quase exclusivamente dentro de estruturas nacionais específicas. A noção de vários tipos de direitos garantidos pela Constituição — os direitos políticos dos trabalhadores, das minorias religiosas e das mulheres, por exemplo — continuou a ganhar terreno nos séculos XIX e XX, mas os debates sobre direitos naturais universalmente aplicáveis diminuíram” (Hunt 2007, p. 177).

<sup>11</sup> De acordo com Sarmiento e Souza Neto, “o constitucionalismo moderno se assenta em três pilares: a contenção do poder dos governantes, por meio da separação dos poderes; a garantia de direitos individuais, concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado; e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa” (Souza Neto e Sarmiento 2014, p. 74).

<sup>12</sup> Ao tratar da evolução dos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva (Silva 2005) não faz grandes distinções materiais entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, como fossem ambos uma mesma categoria de direitos, com a distinção apenas de que os primeiros são assegurados nos ordenamentos jurídicos nacionais e os últimos na ordem internacional.

direitos em estados constitucionais. A universalidade destes direitos permaneceu, por um bom tempo, apenas uma vaga aspiração.

## **A renovação da linguagem dos direitos humanos: a concepção contemporânea**

A ideia de direitos humanos retomou força, contudo, após a ascensão dos fenômenos totalitários do século XX. A este respeito, escreveu Conor Gearty que

*The unexpected renaissance of human rights in the second half of the twentieth century was made possible by enormous tragedy. After 1945, it seemed impossibly pedantic to argue that human rights could have no place in the new world being constructed from the ashes of the old. Whatever the logic of the argument, confidence in the virtues of Benthamite positivism could not survive a realization of the crimes against humanity that were committed by elected leaders unrestrained by law. Moreover, in the immediate post-war period, Marx's legacy appeared to be appropriated by an all-powerful ruler in the Soviet Union who seemed to view citizens' rights, if anything, as even more subversive than the human rights that Marx so despised. So western Europe turned back to human rights, as a means of defending itself from both the democratic centralism to its east and the fascism that would lurk forever in its past. (Gearty 2001, p. 6).*

O saldo totalitário da guerra revelou a dimensão *violadora de direitos* do Estado, entidade à qual era confiada a promoção e a proteção dos direitos de seus membros. A argumentação positivista parecia injustificável em face da violência cometida com a sanção da lei. Surge então uma forte tendência de “crítica e repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal” (Piovesan 2014, local 828).

Com o surgimento de um novo organismo internacional em substituição à Liga das Nações – a Organização das Nações Unidas (ONU) – houve um impulso de criação de uma nova forma de proteção dos direitos historicamente conquistados pelos indivíduos que não dependesse simplesmente da volição estatal. A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* da ONU de 1948 marca o que Piovesan (Piovesan 2014) chama de “concepção contemporânea de Direitos Humanos”, que passa a ser

apoiada pela formação de um sistema internacional de proteção firmado através de tratados e protocolos aderidos por grande parte dos países do globo.

Tal concepção é enunciada com recurso ao vocabulário dos direitos naturais – agora sob a rubrica de *direitos humanos* – já no primeiro artigo da *Declaração de 1948*, o qual afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. De acordo com Fernanda Bragato (2014), embora não houvesse um consenso genuíno sobre o fundamento dos direitos humanos quando da escrita da *DUDH*, o discurso de matriz jusnaturalista ainda é amplamente utilizado por doutrinadores e ativistas, embora seja alvo de constantes críticas.

A *Declaração de 1948* e os subsequentes pactos que formam a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos da ONU – o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1967) – não se limitaram a afirmar os direitos concebidos nas primeiras declarações do século XVIII, mas apropriaram-se de grande parte dos direitos reconhecidos na vigência dos Estados liberais e sociais. Permanece, contudo, a orientação individualista das primeiras Declarações, confirmando a posição do indivíduo como agente autônomo e elemento moral central à teoria dos direitos naturais – agora *direitos humanos*.

Uma das mais eloquentes elaborações teóricas da chamada concepção contemporânea dos direitos humanos é feita pelo cientista político Jack Donnelly, que denomina sua teoria, muito apropriadamente, de “*the Universal Declaration model*”, a qual vale a pena, por representativa do discurso contemporâneo dominante sobre os direitos humanos, ser brevemente visitada.

### **Jack Donnelly e a estrutura teórica da Declaração Universal**

Em *Universal Human Rights in Theory and Practice* (2013), Jack Donnelly assume dois propósitos: o de fazer a defesa de uma concepção universal de direitos humanos e o de apresentar uma teoria destes direitos, especialmente uma que contemple o projeto de universalidade da ideia e seja coerente com o arcabouço legal dos direitos humanos no direito internacional.



Donnelly começa pela especificidade do mecanismo do direito subjetivo (*right*) na proteção de determinados bens e valores, algo que o distingue das prescrições e proscricções que emanam de um corpo de leis e costumes. Ter um direito significa ter uma prerrogativa (*entitlement*) a algo. Quando este algo é negado ao portador do direito, ele pode acionar mecanismos para fazer valer a sua prerrogativa, que deve sobrepujar considerações de utilidade social e deliberações políticas. É a famosa formulação de Dworkin de direitos como trunfos (*rights as trumps*)<sup>13</sup>.

O que significa, então, ter um direito *humano*? Os direitos humanos são literalmente os direitos que uma pessoa possui simplesmente porque é um ser humano. Desta simples formulação decorrem, de acordo com Donnelly, as características de igualdade, inalienabilidade e universalidade destes direitos:

*Human rights are **equal** rights: one either is or is not a human being, and therefore has the same human rights as everyone else (or none at all). Human rights also are **inalienable** rights: one cannot stop being human, no matter how badly one behaves or how barbarously one is treated. And they are **universal** rights, in the sense that today we consider all members of the species *Homo sapiens* “human beings” and thus holders of human rights* (Donnelly 2013, p. 10).

A ambição deste projeto não nos deveria levar à conclusão de que tais direitos são meras aspirações ou desejos políticos. Embora os direitos humanos sirvam de parâmetro para o reconhecimento legal de direitos – estabelecidos em constituições, convenções, tratados e leis –, funcionando como uma espécie de manifesto de mudança política e social, eles não podem ser considerados como algo aquém dos direitos legais. Eles são apenas diferentes: possuem uma base moral e costumam ser<sup>14</sup> os últimos recursos de pessoas que já tiveram seus direitos legais violados.

---

<sup>13</sup> “In the narrower sense of entitlement we typically speak of someone having a right. To have a right to *x* is to be entitled to *x*. It is owed to you, belongs to you in particular. And if *x* is threatened or denied, right-holders are authorized to make special claims that ordinarily trump utility, social policy, and other moral or political grounds for action (Dworkin 1977: xi, 90)”. (Donnelly 2013, p. 8).

<sup>14</sup> “We must therefore not fall into the trap of speaking of human rights as demands for rights; as what Joel Feinberg calls rights in a “manifesto sense” (1980: 153). Human rights do imply a manifesto for political change. That does not, however, make them any less truly rights. Claiming a human right, even when it also involves a demand to create or better enforce a parallel legal right, involves exercising a (human) right that one already has” (Donnelly 2013, p. 12).

Em resumo, os direitos humanos são direitos – no pleno sentido da palavra – possuídos por qualquer ser humano em virtude unicamente de sua própria humanidade. Todas as pessoas (universalidade), em todo o mundo, possuem os mesmos direitos (igualdade), que são inderrogáveis frente a considerações de ordem política ou social (inalienáveis). Mas qual é a fonte destes direitos? De que maneira esta humanidade comum pode ser fonte de direitos? A estas perguntas, Donnelly recorre ao argumento da natureza humana, mas o faz por meio de uma proposição singular, que utiliza o termo *natureza humana* num sentido construtivista, denotando algo como um projeto moral.

Se os direitos legais derivam, por óbvio, do direito positivo, os direitos humanos seriam oriundos da humanidade comum dos seres humanos – de sua *natureza humana*. Contudo, a ideia de natureza humana que serviria de fonte aos direitos humanos não seria nem uma concepção filosófica específica de natureza humana, nem uma descrição científica das características comuns aos seres humanos. Para Donnelly, os direitos humanos derivam da “natureza moral” dos seres humanos. Mas o que, afinal, ele quer dizer com isso?

No sentido científico do termo, a natureza humana estabelece limites às possibilidades dos seres humanos. Mas no sentido sociológico, os seres humanos são capazes de criar a sua “natureza” – num sentido sinônimo a caráter, disposição – por meio da ação social. Os seres humanos são, portanto, seres morais, capazes de criar e seguir normas de conduta que não estejam simplesmente inscritas em suas disposições biológicas. Disto, porém, nada decorre em termos de direitos. Os direitos decorrem de uma proposta moral específica, de uma concepção moral prescritiva (“*a prescriptive moral account*”) das possibilidades humanas.

Os direitos humanos funcionariam, portanto, como um modelo prescritivo, uma série de práticas capazes de informar as interações sociais dos indivíduos. O sentido de natureza humana aqui subjacente é o de um projeto social, ao invés de algo dado, e os direitos humanos seriam uma espécie de parâmetro para este projeto. Eles funcionariam como uma profecia moral autorrealizável (“*self-fulfilling moral prophecy*”): ao implementarmos os direitos humanos, nos aproximamos, por meio da ação social, do ideal de natureza humana que dá corpo e que informa estes mesmos direitos.

E que concepção moral é esta que embasa o direito internacional dos direitos humanos? A ideia central sobre a qual repousa o projeto moral dos direitos humanos é a *dignidade da pessoa humana*<sup>15</sup>.

Dignidade é daquelas palavras de trajeto longo e com uma multiplicidade de sentidos e experiências históricas cristalizadas em seu corpo. De acordo com Carlos Miguel Ruiz, sua etimologia significa “*an ontologic statement of superiority as much as an ethical statement in the sense of honoring, high, honorable position, reward*” (Ruiz 2002, p. 283). No direito romano, “*dignitas*” encarnava a ideia de honra e de respeito a alguém em virtude de uma posição, *rank* ou status (Waldron 2009, p. 30), associados com o lugar de cada pessoa na sociedade. O sentido de dignidade associado à honra permanece no vocabulário comum, sendo a segunda definição oferecida pelo Oxford Dictionary – “*a high rank or position*” – para “*dignity*”. Entretanto, é no sentido moderno, oriundo de uma secularização do pensamento cristão, que o termo dignidade adquire o significado pelo qual é hoje conhecido.

Na tradição cristã, essa ideia se enraíza na percepção de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, do que decorre que todas as suas criaturas possuem um valor que lhes é inerente (Sarlet 2006, p. 30). É com Tomás de Aquino, entretanto, que a doutrina cristã recebe o toque naturalista que posteriormente permite sua secularização nos escritos jusracionais:

No pensamento de Tomás de Aquino, restou afirmada a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na *capacidade de autodeterminação* inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, *sendo livre por natureza*, existe em função de sua própria vontade (Sarlet 2006, p. 31, grifos meus).

Esta *capacidade de autodeterminação* enquanto substrato da ideia de dignidade encontra sua formulação clássica e secularizada no pensamento de Immanuel Kant. Partindo do suposto de que o homem possui uma natureza racional e que esta lhe permite comportar-se em acordo com regras autoimpostas – isto é, que a natureza do homem lhe confere *autonomia* –, Kant compreende como fundamento da dignidade

---

<sup>15</sup> “*Human dignity is the foundational concept of international human rights law, ‘the ‘ultimate value’ that gives coherence to human rights*” (Hasson 2003: 83)” (Donnelly 2013, p. 28).

humana sua própria aptidão para a autonomia, pois somente enquanto “pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral eleva-se acima de qualquer preço” e pode ser considerado não como um meio para os outros ou para si, mas como *fim em si mesmo*, possuindo “uma dignidade (um valor interno absoluto), pela qual ele constrange todos os outros seres racionais do mundo a ter respeito por ele e pode medir-se com qualquer outro dessa espécie e avaliado em pé de igualdade” (Kant 2013, p. 208).

É esta concepção kantiana da ideia de dignidade que finca raízes no pensamento filosófico, político e jurídico do ocidente desde as primeiras declarações de direitos no século XVIII e prossegue até formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos na segunda metade do século XX. A *Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU* enuncia em seu primeiro artigo que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, sendo “dotados de razão e consciência”. Tanto o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* quanto o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* afirmam em seu preâmbulo “a dignidade inerente a todos os membros da família humana”, e que os direitos assinalados nos pactos “decorrem da dignidade inerente à pessoa humana”.

Da ideia de que o ser humano possui um valor interno absoluto decorreriam determinados direitos, tanto de ordem negativa quanto de ordem positiva. Os direitos funcionariam como mecanismos através dos quais seriam realizados determinados valores necessários a uma vida que refletisse a dignidade inerente ao homem. A ideia de dignidade, contudo, fornece apenas o núcleo duro da concepção moral que embasa o direito internacional. Os direitos afirmados na Carta Internacional de Direitos Humanos revelam, de acordo com Donnelly, uma visão dos seres humanos como *agentes autônomos e iguais* vivendo em Estados que tratam cada um de seus cidadãos com *igual respeito e consideração*,<sup>16</sup> ideia explicitamente inspirada em Dworkin. O nexos entre esta visão e os direitos contidos na Declaração Universal é feito da seguinte maneira:

*In order to treat someone with concern and respect, she must first be recognized as a moral and legal person. This requires certain basic personal rights. Rights to recognition before the law and to nationality (Universal Declaration, Articles 6, 15) are political prerequisites. In a different vein, the*

---

<sup>16</sup> “I argue that the Universal Declaration model is rooted in an attractive moral vision of human beings as equal and autonomous agents living in states that treat every citizen with equal concern and respect” (Donnelly 2013, p. 55).

*right to life, as well as rights to protection against slavery, torture, and other inhuman or degrading treatment (Articles 3, 4, 5), are essential to recognition and respect as a person.*

*Rights such as freedom of speech, conscience, religion, and association (Articles 18, 19) protect a sphere of personal autonomy. The right to privacy (Article 12) even more explicitly aims to guarantee the capacity to realize personal visions of a life worthy of a human being. Personal autonomy also requires economic and social rights, such as the right to education (Article 26), which makes available the intellectual resources for informed autonomous choices and the skills needed to act on them, and the right to participate in the cultural life of the community (Article 27), which recognizes the social and cultural dimensions of personal development. In its political dimension, equal respect also implies democratic control of the state and therefore rights to political participation and to freedoms of (political) speech, press, assembly, and association (Articles 19, 20, 21) (Donnelly 2013, p. 63).*

Donnelly não apresenta esta “visão moral” – que, segunda ele, está enraizada nas disposições da DUDH – como uma doutrina abrangente sobre a natureza humana, mas como produto de um consenso internacional, formado a despeito das diferentes doutrinas filosóficas e religiosas esposadas pelos diversos grupos e nações que assinaram a declaração e os pactos subsequentes. Tal visão seria fruto, portanto, de um “consenso sobreposto” (“*overlapping consensus*”) – ideia que toma de empréstimo de John Rawls – em torno de determinados direitos, apesar das diferentes teorias morais usadas para justificá-los. O domínio dos direitos humanos estaria, assim, mais associado à teoria política do que à teoria moral.

Donnelly acrescenta ainda que as disposições da Carta Internacional de Direitos Humanos indicam, à exceção do direito dos povos à autodeterminação, que a lógica da concepção contemporânea dos direitos humanos retém o *individualismo* das primeiras declarações.

Isto significa dizer que há uma concepção de indivíduo, como ser que possui agência e autonomia moral, sem a qual os direitos humanos são incompreensíveis. Significa também dizer que os direitos são concedidos a indivíduos, mesmo quando se reportam a bens e valores que só podem ser gozados em comunidades – o que confere à lógica individualista dos direitos um caráter *instrumental*. Mas, como observa Donnelly,

afirmar o individualismo dos direitos humanos não significa endossar uma concepção atomística de indivíduo:

*Any plausible account of human dignity must include membership in society. To paraphrase Aristotle, outside of society, one would be either a god or a beast. As Hobbes put it, life would be solitary, poor, nasty, brutish, and short. Individual human rights no more require atomistic individualism than communitarianism requires reducing individuals to ciphers or cells that have no value apart from the organic whole of society. Quite the contrary, atomistic individuals cannot make for themselves a life worthy of human beings* (Donnelly 2013, p. 30).

Além disso, embora haja críticos aos chamados direitos econômicos, sociais e culturais, que defendem um minimalismo de direitos humanos em torno apenas dos direitos civis e políticos – também chamados de “negativos” – o individualismo dos direitos humanos não pressupõe menosprezo ou um compromisso de baixa intensidade com os direitos econômicos, sociais e culturais. A própria linguagem do Pacto que afirma estes direitos fala no direito de “todas as pessoas” a condições justas e favoráveis de trabalho (art. 7º, 1), a um nível adequado de vida “para si próprio e sua família” (art. 11, 1), bem como reconhece “a cada indivíduo o direito” de participar da vida cultural (art. 15, 1, *a*) e de desfrutar do processo e dos resultados da atividade científica (*b*). Com exceção do direito à autodeterminação – que é um direito “dos povos” – todos os direitos afirmados são prerrogativas concedidas a indivíduos, mesmos nos casos em que só podem ser exercidas em comunidade.

### **A título de conclusão**

Há outras explicações filosóficas influentes que poderiam ampliar o colorido do que estou chamando de concepção contemporânea dos direitos humanos. Como exemplo, é possível citar a teoria de Charles Beitz (2003), que considera os direitos humanos algo como um conjunto de princípios que definem os critérios de justiça global e que representam parâmetros para a realização da dignidade humana, embora rejeite o argumento naturalista dos “direitos fundados em nossa comum humanidade”; ou a proposta de James Griffin (2002), que considera os argumentos jusnaturalistas incompletos e busca desenhar as linhas de uma teoria mais substantiva,

que deriva os direitos humanos das características que nos fazem distintivamente humanos (*our personhood*), sendo a principal delas a noção de *agência*.

Concentrei-me em Donnelly, porém, porque penso ser sua leitura especialmente instrutiva, visto que sua abordagem funciona como uma espécie de apanhado que capta os principais elementos do discurso contemporâneo “tradicional” sobre os direitos humanos. Nela encontramos (i) o argumento naturalista, de acordo com o qual da comum humanidade dos seres humanos derivam certos direitos<sup>17</sup>; (ii) o caráter universal dos direitos humanos, que independeriam de contextos culturais e diferenças qualquer sorte; (iii) a ênfase na ideia da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos; (iv) o elemento consensual, representado pela adesão massiva dos países aos instrumentos de direitos humanos, além do consenso expresso através do direito internacional consuetudinário; (v) o elemento político, que sugere serem os direitos humanos limites à soberania dos Estados no que concerne ao tratamento que estes entes dispensam aos seus cidadãos; e (vi) a orientação individualista dos direitos humanos.

De posse dos termos mais comuns usados no discurso contemporâneo sobre os direitos humanos, podemos nos voltar agora a algumas das críticas recorrentes que lhe são direcionadas e às propostas que envolvem o conceito de *direitos coletivos* como uma espécie de solução a algumas das vicissitudes da prática dos direitos humanos.

---

<sup>17</sup> De acordo com Donnelly, vários autores esposam, de uma maneira ou de outra, uma concepção de direitos humanos próxima à de direitos naturais. Ver Donnelly 1982.

### III. A emergência do debate sobre os direitos coletivos

#### Perspectivas críticas sobre os direitos humanos

Assim como os direitos naturais, a concepção contemporânea dos direitos humanos também enfrenta críticas diversas<sup>18</sup>. Contudo, limitar-me-ei a abordar nesta seção apenas um conjunto de críticas intimamente relacionadas que costumam andar juntas quando os assuntos *direitos humanos* e *multiculturalismo* se encontram. Os questionamentos aos direitos humanos oriundos de uma preocupação com a pluralidade cultural, étnica e religiosa existente nos Estados contemporâneos geralmente partem de um problema de fundo mais amplo, que é *a tensão entre o pretendido universalismo dos direitos humanos e a diversidade dos grupos culturais no mundo*.

Trata-se de um tema antigo de discussão. Desta tensão nasce uma crítica da qual pode ser dita, em poucas palavras, que ressalta o caráter culturalmente situado dos direitos e de sua filosofia subjacente, isto em relação tanto aos antigos direitos naturais quanto aos contemporâneos direitos humanos. Podemos denominá-la de crítica ao “etnocentrismo” da teoria tradicional dos direitos humanos.

Os autores que apregoam o particularismo dos direitos defendem que “a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade” (Piovesan 2014, locais 948-955). Este foi o tom, por exemplo, das primeiras manifestações antropológicas sobre tema.

---

<sup>18</sup> Ver nota de rodapé nº 1. Para uma tipologia das diferentes “escolas de pensamento” sobre os direitos humanos, ver Dembour 2010.



Em 1947, a Organização das Nações Unidas (ONU) pediu à Associação Americana de Antropologia (*American Anthropological Association* – AAA) que emitisse uma declaração, representativa dos conhecimentos antropológicos acerca das diversas culturas humanas, que servisse de suporte à Comissão de Direitos Humanos para a elaboração da DUDH. O *Statement on Human Rights* (The Executive Board 1947) da AAA foi, contudo, duro em sua resposta. O documento rejeita a validade de uma declaração universal de direitos humanos por motivos de ordem empírica e ética.

Primeiramente, aponta para o consenso antropológico reinante à época de que os seres humanos são produto das culturas em que estão inseridos – seu comportamento, suas aspirações, pensamentos, valores morais e modos de ação são moldados pela *cultura* dos grupos aos quais pertencem. Sendo assim, o desenvolvimento pleno da personalidade dos indivíduos só poderia ser pensado nos marcos de seus próprios modos de vida. Daí a primeira proposição da declaração: *o indivíduo realiza sua personalidade através de sua cultura, logo o respeito por diferenças individuais requer o respeito por diferenças culturais* (The Executive Board 1947, p. 541).

Em seguida, a declaração ressalta que, pelo próprio modo como os indivíduos incorporam a cultura, os membros de um dado grupo tendem a pensar no seu modo de vida como o mais desejável dentre todos – e tendem a fazer avaliações de outras culturas a partir de critérios informados por sua própria cultura. Trata-se do famoso conceito de *etnocentrismo*. O problema do etnocentrismo não está em sua existência – que, em certo grau, seria natural a todas as culturas – mas quando as avaliações que ele acarreta se tornam o mote da ação de um grupo sobre outro(s). Como exemplo, teríamos o longo histórico de menosprezo e aniquilação de culturas consideradas inferiores por países da Europa ocidental através de processos de colonização e guerra. Ocorre que, de acordo com a avaliação dos autores do *Statement*, *não há critérios científicos para a avaliação, em termos quantitativos ou qualitativos, das diferentes culturas, de modo que não há possibilidade cientificamente válida de hierarquização entre elas. Isto acarreta o necessário respeito pelas diferenças culturais existentes entre os diversos grupos humanos* – e esta é a segunda proposição da declaração (The Executive Board 1947, p. 542).

A terceira proposição é um corolário das duas anteriores e sela o veredito da AAA sobre o rascunho da Declaração Universal de Direitos Humanos. Conclui o documento que os *padrões e valores são relativos à cultura da qual derivam, de modo que qualquer tentativa de formular postulados a partir de crenças ou códigos morais de uma cultura deve, portanto, diminuir a aplicabilidade de qualquer declaração de direitos humanos para a humanidade como um todo* (The Executive Board 1947, p. 542). Como observa Mark Goodale, o quadro apresentado pelo conselho executivo da AAA é o de que os antropólogos documentaram amplamente a riqueza de valores e sistemas morais existentes em diversas culturas e que este amplo somatório de dados empíricos não daria suporte a um conjunto universal de direitos (Goodale 2006, p. 486). Quando analisados de perto, estes direitos refletiriam nada mais do que os valores propagados em nossas tradições religiosas, políticas e filosóficas. A *DUDH* seria, assim, um exercício de “imperialismo cultural”.

É certo que a rejeição a um catálogo universal de direitos tinha raízes na orientação relativista que predominava na antropologia de meados do século XX, orientação esta que surgiu, ao menos em parte, como contraponto aos juízos depreciativos de culturas não ocidentais realizados pela leitura evolucionista que marcou os primórdios da disciplina (Zechenter 1997, p. 324). Os antropólogos tinham o receio de que a *Declaração de 1948* teria como efeito colateral a coação de sociedades e indivíduos não ocidentais à aceitação de valores morais hegemônicos nas sociedades liberais ocidentais (Goodale 2006, p. 486).

O relativismo forte que marcou o *Statement* de 1947 arrefeceu em terras antropológicas, e desde a década de 1980 há uma crescente produção no campo que explora, por outras vias que não a do puro ceticismo, as relações entre a pluralidade de valores e sistemas de moral, de um lado, e, de outro, o projeto de universalidade dos direitos humanos. Novas abordagens sugerem, por exemplo, um diálogo intercultural entre as concepções de dignidade humana vigentes em diferentes culturas (Santos 1997, pp. 105-124) e a assunção, pelo direito dos direitos humanos, de um papel de mediação entre diferentes comunidades morais, mantendo-se aberto aos impulsos éticos – e, conseqüentemente, às pretensões de direito – daqueles originalmente não contemplados pelos direitos humanos (Segato 2006, p. 207-236).

Outro desafio à concepção contemporânea dos direitos humanos, também da ordem da pluralidade cultural, relaciona-se ao que Will Kymlicka chama de “desafio multicultural” aos Estados modernos: a necessidade de resposta jurídica face às demandas por reconhecimento e acomodação de diferenças culturais de minorias étnicas, nacionais e religiosas. Embora sempre tenham existido nas democracias liberais, especialmente por conta dos processos de colonização e migração, os grupos étnicos e religiosos minoritários não suscitaram, durante muito tempo, o interesse dos filósofos políticos. Poucos se dedicaram ao estudo da diferença cultural dentro das linhas do Estado-nação e às interações entre a cultura majoritária e os grupos minoritários (Kymlicka 1995, cap. 1).

O tema destas interações entrou de vez em cena pouco depois da segunda guerra mundial, e as discussões em torno das relações e do convívio entre diferentes culturas dentro de um mesmo Estado agruparam-se sob a denominação de *multiculturalismo*. O termo multiculturalismo adentrou a esfera pública em fins dos anos 1960, como modo de expressar algumas questões relativas à diversidade cultural em países como o Canadá e a Austrália (Rattansi 2012). Posteriormente, com a leva de imigrantes de países da Europa oriental e de ex-colônias que povoaram Inglaterra e França, o debate ampliou-se consideravelmente, tornando-se o multiculturalismo termo recorrente em discussões públicas, bem como em pesquisas em ciências sociais e filosofia política.

A diversidade étnica que motivou o debate multicultural, contudo, não se restringe à originada por movimentos migratórios no pós-guerra. Outro elemento fundamental na equação da diversidade é a presença de grupos etnicamente distintos que compõem os Estado desde suas origens - notadamente, as populações indígenas em ex-colônias europeias. Marcar esta distinção das diferentes "fontes" de diversidade é importante não só por rigor de análise, mas porque estes diferentes grupos realizam tipos diversos de demandas ao Estado e à ordem jurídica internacional.

No pós-guerra, a nova ênfase nos direitos humanos parecia trazer a solução para a proteção dos membros de minorias culturais, especialmente após o fracasso do sistema de proteção surgido no âmbito da liga das nações após a primeira guerra mundial (Kymlicka 2011, p. 18). Assegurando diretamente os direitos dos indivíduos – de professarem suas crenças, de se associarem uns com os outros, de liberdade de

consciência etc. –, os grupos poderiam expressar suas particularidades sem a interferência devastadora das maiorias políticas. Além disso, a ênfase em direitos individuais estava em linha com o princípio vigente nas democracias liberais de “negligência benigna” em relação à diversidade etnocultural, segundo o qual o Estado deve ser indiferente aos grupos culturais que o integram e à sua capacidade de sobrevivência ao longo do tempo (Kymlicka 2001, pp. 343-344).

Esta postura de neutralidade estatal foi criticada, no entanto, por um punhado de razões. Como observa Roberto Gargarella,

Fundamentalmente, essa neutralidade não parece genuína quando consideramos o modo como muitas dessas minorias culturais foram (mal)tratadas em termos históricos: muitas das minorias em questão sofreram historicamente discriminações explícitas ou implícitas por parte da “sociedade mãe” na qual estão agrupadas. Algumas delas, inclusive, foram vítimas de medidas de assimilação coercitiva a ela. Perante a situação postergada em que ficaram muitos desses grupos, a inação estatal poderia ser vista como uma maneira de proteger o *status quo* criado por esse mesmo Estado que hoje proclama sua neutralidade (Gargarella, p. 160).

Kymlicka vai ainda mais longe ao afirmar que, ao menos em certo sentido, a afirmação de que o Estado permanece neutro perante as diferenças culturais é manifestamente falsa. Em um ou outro momento de suas histórias nacionais, praticamente todos os Estados ocidentais realizaram um empreendimento de “construção nacional”, cujo objetivo era a criação de uma identidade comum entre os cidadãos e o consequente enfraquecimento de seus outros vínculos de ordem étnica e cultural. Todo projeto desta estirpe passa pela criação do que Kymlicka chama de “*societal culture*” – algo como uma cultura territorialmente localizada (nos limites geográficos em que o grupo em questão habita) baseada em uma língua comum e num conjunto de instituições e arranjos presentes na vida pública e privada dos indivíduos (Kymlicka 2001, p. 346; 1995, p. 76). Embora professem neutralidade diante das diferenças culturais, os Estados liberais promoveram ostensivamente suas *culturas societais*, e neste processo adotaram políticas em detrimento das culturas minoritárias que abrigavam. Este processo de construção nacional é acusado de ter originado uma situação de acentuada ausência de isonomia nas relações entre a maioria dos habitantes de um país e suas minorias culturais. E os direitos (humanos, constitucionais e de

cidadania) individuais não se provaram um remédio eficaz para proteger o elo mais frágil nestes contextos.

No rastro das discussões em torno dos dois problemas apontados acima – o déficit de universalidade dos direitos humanos e a insuficiência dos direitos individuais na proteção de minorias culturais –, alguns autores propuseram o reconhecimento de uma nova categoria de direitos, que costuma vir pelo nome de direitos de grupos (*group rights*), direitos coletivos (*collective rights*), direitos de minorias (*minority rights*) ou direitos diferenciados de grupos (*group-differentiated rights*). Embora alguns autores sustentem que há distinções conceituais entre estas categorias, tratá-las-ei como expressões sinônimas e adotarei a expressão “direitos coletivos” para designar o conteúdo da ideia que passarei a expor.

### **Alguns aspectos teóricos dos direitos coletivos**

A despeito das controvérsias que existem em teoria política acerca do que são os *direitos coletivos*, é possível dizer que a ideia básica é a de um tipo de direito cujos beneficiários são membros de um determinado grupo e apenas gozam deste direito em virtude de sua particular pertença ao grupo em questão. As justificações oferecidas para o reconhecimento de direitos coletivos variam em torno de um tema comum – a consideração da preservação das identidades culturais de certas minorias que compõem um Estado como algo *valioso*. O interesse que forma a base destas pretensões especiais de direito é o de *preservação* ou *sobrevivência* cultural.

Logo, a primeira questão a ser respondida sobre os direitos coletivos é: quais grupos podem legitimamente reivindicar sua especial proteção? Michael McDonald, por exemplo, fala em grupos cujos membros estão “normativamente ligados uns aos outros” e possuem “compreensões compartilhadas” (McDonald 1992, p. 135). Vernon Van Dyke estabelece uma série de parâmetros para o reconhecimento destas entidades, dentre os quais uma forte autoconsciência coletiva, um sentido de herança e destino comuns – o que inclui o compartilhamento de características étnicas, raciais, linguísticas, religiosas e culturais, bem como um desejo viável de autopreservação (Van Dyke 1982, p. 32). Miodrag Jovanović, que se ancora nos critérios propostos por Van Dyke, acrescenta ainda que tais grupos existem independentemente de disposições

legais – são entidades *de facto*, e não *de jure* –, o que os difere, por exemplo, das pessoas jurídicas (Jovanović 2005, p. 641). Os critérios sugeridos por estes autores remetem, em geral, às características de povos indígenas<sup>19</sup> e minorias nacionais<sup>20</sup>, étnicas e religiosas – principais minorias cujos direitos são discutidos em fóruns locais e internacionais.

Há muitos exemplos de pretensões de direito e direitos coletivos de minorias já reconhecidos. Jacob T. Levy (1997) os agrupou em oito categorias: (i) não aplicação de leis que penalizem ou tornem excessivo o fardo do exercício de certas práticas culturais; (ii) assistências de diversos tipos para que a minoria goze de certos bens que a maioria já experimenta (subvenção estatal a escolas, associações e entidades de minorias, bem como políticas de admissão preferencial – as chamadas ações afirmativas); (iii) direitos de autogoverno; (iv) regras que restringem de alguma forma a liberdade de não membros, tendo por objetivo a proteção da cultura minoritária; (v) regras relativas ao comportamento de membros da minoria, com a possibilidade de expulsão/excomunhão de membros desviantes das normas do grupo; (vi) reconhecimento pelo ordenamento jurídico nacional da aplicação de normas de direito consuetudinário aos membros; (vii) facilitação ou garantia de assentos em organismos representativos do governo (serviço público, legislativo, entre outros); e (viii) reivindicações de natureza simbólica que buscam assegurar o reconhecimento e o valor de minorias. Embora esta tipologia não abarque todas as reivindicações feitas por minorias e ainda possa incluir direitos melhor descritos como individuais, serve-nos de ideia geral da variedade de reivindicações com as quais estamos lidando.

---

<sup>19</sup> Embora haja controvérsia quanto à definição de povos indígenas, a Convenção nº 169 da OIT nos fornece em seu artigo 1.1 uma definição com a qual podemos trabalhar: “1. A presente convenção aplica-se: a) aos **povos tribais** em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados **indígenas** pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas” (grifos meus). Pela sua proximidade com o conceito de minorias nacionais, autores como Kymlicka (2001, p. 349) costumam considerar, para efeitos de argumentação, os povos indígenas como um tipo de minoria nacional.

<sup>20</sup> “Por **minorias nacionais** refiro-me a grupos que formam sociedades em exercício, com instituições, cultura e linguagem própria, concentradas em um território específico antes de serem incorporadas a um Estado mais amplo. A incorporação de tais minorias é geralmente involuntária e resultante da colonização ou conquista de um território ou, ainda, da cessão de um território de uma potência imperial para outra, mas também pode ocorrer de forma voluntária através de algum tratado ou acordo federativo. Exemplos de minorias nacionais nas democracias ocidentais incluem, dentre outros, os povos indígenas, os porto-riquenhos e os quebequenses na América do Norte, os catalães e os bascos na Espanha e os flamengos na Bélgica” (Kymlicka 2011, p. 20, grifos meus).

A segunda questão relevante sobre os direitos coletivos diz respeito ao seu modo de exercício. Allen Buchanan (1993) sugere que uma maneira de entender os direitos coletivos é pensá-los a partir de seu contraste com os direitos individuais. Os direitos individuais são aqueles conferidos a indivíduos, que podem exercê-los *independentemente* e em seu próprio nome e benefício. A ideia de direito pressupõe uma margem de liberdade e uma poder de ação: os direitos podem ser invocados, exercidos e deles se pode abdicar.

Um direito é considerado coletivo quando estas faculdades, associadas ao possuidor de um direito, podem ser exercidas de duas maneiras, ambas *não individualistas*. Para cada modo de exercício é possível designar um subtipo de direito coletivo. No primeiro deles, o direito em questão é exercido pelo grupo através de (i) um processo decisório coletivo ou (ii) por agentes que representem o grupo. Quando este subtipo de direito, chamado por Buchanan de “direito coletivo em sentido forte” (*collective rights in the strong sense*), está em jogo, nenhum membro do grupo pode, em seu próprio nome e benefício, exercer quaisquer das faculdades associadas ao direito<sup>21</sup>. Este é o sentido mais comum – e mais sujeito a críticas – do termo. Exemplos desse tipo são os direitos de autogoverno exercidos pela maioria dos povos indígenas estadunidenses e canadenses (Buchanan 1993, p. 93).

No segundo modo de exercício, característico do que Buchanan chama de “*dual-standing collective rights*”, qualquer membro do grupo portador de um direito pode invocá-lo em seu próprio nome e benefício, bem como pode fazê-lo em benefício de outrem. Isto não preclui, contudo, a possibilidade de que o direito seja invocado coletivamente e em benefício de qualquer membro do grupo<sup>22</sup>. Embora esses direitos de dupla instância de exercício sejam semelhantes aos direitos individuais, Buchanan alega que há uma diferença crucial. Quando um direito individual é violado, apenas o seu portador pode invocá-lo. Por outro lado, quando um direito do tipo que estamos a discutir é violado, qualquer membro do grupo beneficiário pode invocá-lo, mesmo que não tenha sofrido individualmente qualquer prejuízo pessoal em seu gozo do direito<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> “No individual acting as an individual, that is, on his or her own authority and in his or her own name without authorization from others, can exercise, invoke, or waive the right” (Buchanan 1993, p. 93).

<sup>23</sup> “Even though dual-standing collective rights share one feature with individual rights-the fact that individuals as individuals can wield them-there is a crucial difference: if a right is an individual right, only the one whose right is infringed can invoke the right. Any member of a cultural or religious group

Estas são, em resumo, as principais características comumente associadas aos direitos coletivos. A categoria está longe, contudo, de ser uma resposta que goze de unanimidade às reivindicações de direito feitas por minorias, tendo sofrido consideráveis ataques do flanco liberal não muito afeito à adoção de políticas multiculturais.

Michael Hartney, por exemplo, considera que a defesa destes direitos segue, em muitos casos, um percurso apressado e pouco rigoroso, pulando da premissa de que as comunidades (culturais, étnicas, religiosas etc.) são *bens* e que, portanto, devem ser protegidas, para a afirmação de que destas constatações decorre que as comunidades mencionadas possuem direitos (Hartney 1995, p. 203). Esta justificativa abreviada estaria sujeita a uma gama de críticas possíveis, mas Hartney se concentra no que considera serem as mais fundamentais questões pertinentes à proposta dos direitos coletivos. Duas das questões por ele abordadas merecem menção.

A primeira delas é sobre o valor que atribuímos aos agrupamentos humanos de toda sorte. A despeito das diferentes posições acerca dos motivos pelos quais as comunidades são importantes, um ponto comum, que o autor toma por geralmente aceito, é que as comunidades importam em virtude de sua contribuição para o bem-estar dos indivíduos. Desta constatação, Hartney extrai uma proposição que chama de “*value-individualism*”, segundo a qual apenas a vida dos seres humanos individualmente considerados possui valor último, de modo que as entidades coletivas derivam seu valor da contribuição que oferecem à vida dos indivíduos. O postulado contrário poderia ser chamado de “*value-collectivism*”<sup>24</sup>, de acordo com o qual uma entidade coletiva poderia ser considerada valiosa independentemente de sua contribuição para o bem-estar dos indivíduos que a compõem (Hartney 1995, pp. 206-207).

A segunda diz respeito à natureza dos *interesses* e *bens* moralmente relevantes. Aceitar a premissa do *value-individualism* possui, de acordo com Hartney, implicações para ambas as noções. Se as coletividades possuem apenas um valor derivativo e o indivíduo é a medida final da justificação de sua existência, um ente

---

*that has a dual standing right to cultural ceremonies can invoke the right, even if that particular individual has not suffered any interference*” (Buchanan 1993, p. 94).

<sup>24</sup> *Such a view is part of what might be called value-individualism: only the lives of individual human beings have ultimate value, and collective entities derive their value from their contribution to the lives of individual human beings. The opposite theory we might call 'value-collectivism': the view that a collective entity can have value independently of its contribution to the well-being of individual human beings. Such a position is counterintuitive, and the burden of proof rests on anyone who wishes to defend it* (Hartney 1995, p. 106-107).



coletivo não poderia ter interesses moralmente dignos de consideração que fossem distintos daqueles de seus membros. Um interesse coletivo compatível com o *value-individualism* teria de ser um interesse de todos os membros de um dado grupo em conjunto, ou um agregado de interesses individuais.

Um raciocínio semelhante valeria para a noção de *bens*. Diversos bens possuem uma dimensão coletiva – alguns se encontram disponíveis apenas em forma coletiva, outros consistem na própria participação em grupos significativos, e, em certos casos, alguns bens só podem ser gozados coletivamente<sup>25</sup>. Contudo, ao menos no que concerne à sua justificação, todos os bens seriam bens individuais, pois algo só pode ser considerado valioso, e, portanto, um bem, se contribuir para o bem-estar de indivíduos (Hartney 1995, p. 207).

Como consequência da definição de interesses e bens em termos individuais, Hartney afirma não ser possível atribuir direitos – direitos *morais* – a coletividades. Uma vez que os bens e interesses protegidos por direitos são apenas aqueles que são centrais para o bem-estar de indivíduos, apenas os seres humanos, individualmente considerados, podem ser portadores de direitos (Hartney 1995, p. 212-213). Hartney até concede que os governos possam investir coletividades em direitos *legais* – e deixa em aberto a possibilidade de que tal seja feito para proteger os interesses de indivíduos na preservação de comunidades relevantes<sup>26</sup> – mas nega que elas tenham reivindicações de direito legítimas no plano moral.

Os argumentos de Hartney revelam a dificuldade, notada por Van Dyke (Van Dyke 1982, p. 21-22), de teóricos liberais em lidarem com argumentos morais e reivindicação de direito realizados por entes coletivos. É possível dizer que o postulado do *value-individualism* é outra forma de dizer que entidades coletivas não possuem status moral (por vezes chamado em teoria de *moral standing*) – ou seja, não possuem

---

<sup>25</sup> A constatação de que há dimensões coletivas na experiência, distribuição e gozo de certos bens, não altera a percepção de Hartney de que a proposição do *value-individualism* expõe uma verdade incontornável, a de que todos os bens e interesses moralmente relevantes podem ser rastreados até o indivíduo. “*But this heightened awareness of the collective dimensions of certain goods does not detract from the truth of value-individualism, that all goods are good to the extent that they contribute to the well-being of individual human beings. There may be collective dimensions to the value of communities - some of their benefits may be publicly available to their members and some of these benefits may be participatory - but the community has no value other than its contribution to successful lives of its members (and perhaps also of non members)*” (Hartney 1995, p. 208).

<sup>26</sup> “*If we assume that communities are valuable and deserve protection, then this becomes a question of legal technique: it is a matter of deciding whether vesting legal rights in communities is the best way of achieving the desired goal*” (Hartney 1995, p. 216).

interesses próprios, irredutíveis aos de seus membros, que sejam intrinsecamente valiosos e, por consequência, dignos de serem protegidos por direitos. O temor é de que a concessão de status moral a entidades coletivas tenha o indesejado efeito de fazer com que os interesses de um grupo, protegidos então pelo escudo dos direitos, se sobrepujem aos interesses de seus membros. Procura-se evitar uma colisão entre os direitos coletivos de minorias e os direitos individuais de seus membros.

Esta preocupação tem especialmente em conta os membros vulneráveis dentro destas minorias e aqueles que desejam transformar as tradições. Yael Tamir (1999) considera que o debate sobre direitos coletivos surge a partir de um contexto de erosão dos modos de vida tradicionais de certas comunidades e que a reivindicação destes direitos tem por objetivo assegurar a perpetuação destas comunidades. Contudo, a autora israelense avalia que a tentativa de usar meios jurídicos para blindar estas comunidades de influências externas traz consigo perigos inerentes, como a supressão de direitos individuais em prol da comunidade, abrindo a porta para violações de direitos humanos (Tamir 1999, p. 159).

Em sua visão, uma implicação concreta dos direitos coletivos é a de impedir que os membros dissidentes de um grupo se apartem dos modos tradicionais de vida. Isto porque os deveres correlativos aos direitos coletivos reconhecidos recairiam tanto sobre o Estado quanto sobre os indivíduos membros do grupo investido no direito, e o principal dever dos indivíduos seria agir em proveito da existência continuada da comunidade, às expensas de seus próprios direitos individuais (Tamir 1999, p. 161). A ideia de “direitos como trunfos” colapsaria ante o peso dos supostos interesses da comunidade. De acordo com Tamir, a análise dos direitos coletivos atualmente existentes renderia verdadeira a afirmação de que *“the category of collective rights which are harmless to individual members, is (for all practical purposes) an empty one”* (Tamir 1999, p. 164).

Susan Moller Okin (Okin 2010) explora esta fonte potencial de conflito entre direitos coletivos e individuais a partir de uma perspectiva feminista. Seu argumento parte da premissa de que boa parte do que tradicionalmente se chama de “cultura” se relaciona com normas sociais relativas ao papel das mulheres na sociedade. Segundo a autora, “a maioria das culturas tem como um de seus principais propósitos o controle dos homens sobre as mulheres” (Okin 2010, p. 360), e muitos dos direitos

reivindicados se relacionam diretamente a este propósito. A autora traça uma forte conexão entre culturas tradicionais<sup>27</sup> e o tratamento opressivo de mulheres e também vê, assim como Tamir<sup>28</sup>, um potencial de conflito muito grande entre os direitos especiais concedidos a grupos culturais minoritários e os direitos individuais das mulheres que compõem este grupo.

Em vista dos avanços conquistados por mulheres em sociedades ocidentais liberais, Okin sustenta que não vale a pena oferecer amparo legal e legitimidade no discurso moral a comunidades culturais em detrimento das mulheres que as integram. Não seria justo que, em um mesmo Estado, determinadas mulheres – membros da cultura majoritária – gozassem de direitos os quais estariam indisponíveis a outras mulheres em virtude de sua pertença cultural. Isto colocaria o feminismo em rota de colisão com as políticas multiculturais concretizadas via direitos coletivos.

As objeções e apreensões apresentadas por estes autores são especialmente sensíveis para os liberais multiculturalistas. É possível dizer que a defesa liberal do multiculturalismo, em geral, e dos direitos coletivos, em particular, pauta-se por uma preocupação com o bem-estar e as possibilidades de florescimento dos indivíduos. Autores como Kymlicka (1995), Raz (1996), Buchanan (1994) e Jones (1999) estão longe de endossar, por vias diretas ou oblíquas, o que Hartney denomina *value-collectivism*. A atenção que devotam aos grupos é preponderantemente instrumental. Voltarei a algumas das implicações do argumento de Hartney na conclusão. Voltaremos agora aos problemas suscitados por Tamir e Okin, que revolvem em torno do receio de que a concessão de direitos coletivos a minorias possa resultar na violação dos direitos individuais de seus membros.

É importante salientar, em primeiro lugar, que nem todos os direitos coletivos reivindicados dirigem os deveres que formam a sua contrapartida aos seus próprios membros, como parece sugerir Tamir. Will Kymlicka classifica em dois segmentos as reivindicações de direito comumente feitas por minorias. O primeiro diz

---

<sup>27</sup> Segundo Okin, “muitos costumes baseados na cultura visam ao controle das mulheres, buscando torná-las servis aos desejos e interesses dos homens, especialmente no aspecto sexual e reprodutivo. Algumas vezes, ademais, a ‘cultura’ ou as ‘tradições’ estão tão estreitamente vinculadas com o controle das mulheres que ambas as coisas são virtualmente equivalentes” (OKIN 2010, p. 363).

<sup>28</sup> De acordo com Tamir, “*Women rarely belong to the more powerful groups in society, and protectors of women's rights do not affiliate themselves with conservative segments. It follows then that women, and those who strive to protect their rights and equal status, are among the first to be harmed by group rights. Their plight, however, is not unique. It is shared by all those who wish to diverge from accepted social norms and question the traditional role of social institutions*” (TAMIR, p. 163).

respeito a proteções contra os impactos diretos e indiretos de decisões tomadas pelas instituições majoritárias que possam afetar a capacidade de sobrevivência física e cultural do grupo em questão. Kymlicka apelida estas reivindicações de “proteções externas” (*external protections*) e as endossa de bom grado. O segundo tipo de medida reivindicada, denominado “restrições internas” (*internal restrictions*) – que constitui, a bem da verdade, a verdadeira preocupação de Okin e Tamir – buscam impor deveres sobre os seus membros para prevenir o dissenso e manter os modos tradicionais de vida da comunidade. A ideia é se valer do poder estatal para restringir a liberdade dos membros de um grupo em benefício da solidariedade coletiva (Kymlicka 1995, pp. 35-36). Kymlicka se mostra cético quanta a estas reivindicações e sua posição geral é de rejeição. As reivindicações de direito que o autor mais se inclina a aceitar e pelas quais advoga são aquelas feitas por minorias que internamente respeitam os direitos individuais de seus membros. O princípio que deveria guiar a atitude liberal perante o multiculturalismo é o de promoção da igualdade entre grupos majoritários e minoritários e a liberdade dentro dos minoritários (Kymlicka 1995, p. 152).

Joseph Raz (Raz 1996), por outro lado, embora não se mostre inclinado a conceder os benefícios de uma política multiculturalista a culturas opressivas e esteja em acordo com as preocupações de Okin<sup>29</sup>, faz a ressalva de que não deveríamos dar suporte apenas a culturas que são internamente liberais, pois poucas de fato o são (Raz 1996, pp. 182-183). O motivo pelo qual os liberais deveriam adotar uma política de preservação de culturas minoritárias não reside no mérito intrínseco desta ou daquela cultura, mas no valor que todas as culturas, sejam elas liberais ou não, desempenham no *exercício da liberdade* de seus integrantes. Este suporte, no entanto, deve vir acompanhado de garantias aos indivíduos, sendo de vital importância a faculdade de abandonar o grupo e se desvincular de sua autoridade, o que é chamado na literatura de “direito de saída” (*right to exit*)<sup>30</sup> (Raz 1996, p. 184).

Estabelecer um direito de saída não significa capitular frente a práticas consideradas condenáveis sob uma perspectiva liberal, nem negar que haja traços de certas culturas minoritárias que devam ser necessariamente desencorajados. O processo

---

<sup>29</sup> Ver a resposta de Raz (1999, pp. 95-100) ao texto de Okin, publicado na obra conjunta *Is multiculturalism bad for women?*

<sup>30</sup> Mesmo autores como Chandran Kukathas (1998), que não favorecem uma política de direitos coletivos, consideram o direito de saída – das comunidades, grupos e associações que os indivíduos fazem parte – como um direito central à teoria liberal.

de mudança – que ocorre, dentre outros motivos, devido ao contato mútuo entre diferentes comunidades num Estado multicultural – é inevitável, mas tem um proceder lento (Raz 1996, p. 187). Mesmo imperfeito, o direito de saída se constitui como um amparo fundamental para aqueles que desejam se apartar dos modos de vida de sua comunidade original.

A preocupação com a violação de direitos individuais não é um monopólio dos defensores liberais dos direitos coletivos. Miodrag Jovanović (Jovanović 2005, pp. 645-650) reconhece a possibilidade de conflito entre as duas ordens de direitos, mas não o considera significativamente distinto daqueles que já ocorrem entre os direitos individuais de diferentes pessoas e entre os direitos de indivíduos e as considerações de ordem pública. Uma breve olhada em instrumentos de direitos humanos permite a visualização de vários direitos que possuem cláusulas derogatórias em benefício do interesse “público” ou “social”<sup>31</sup>. Caberia, portanto, à prática e à teoria jurídica desenvolver técnicas de resolução de conflitos e balanceamento entre interesses coletivos – sejam eles do Estado ou de minorias – e individuais.

Vernon Van Dyke também reconhece a possibilidade de que grupos violem os direitos individuais de seus constituintes, bem como afirma que o reconhecimento de direitos coletivos requer uma atenção redobrada aos direitos humanos individuais (Van Dyke 1977, p. 368). O autor, contudo, não dedica muitas linhas ao tema, apenas indicando que as reivindicações relevantes – de indivíduos e grupos – devem ser “interpretadas e aplicadas à luz umas das outras” (Van Dyke 1977, pp. 368-369, tradução livre).

Outros como Charles Taylor defendem uma distinção entre as “liberdades fundamentais” inderrogáveis dos indivíduos e direitos individuais de importância menor, que poderiam ser eventualmente limitados em função de “objetivos coletivos”:

Há que distinguir, por um lado, as liberdades fundamentais, aquelas que nunca devem ser violadas e que, por isso, devem ser consolidadas de modo inexpugnável, dos privilégios e imunidades, por outro lado, que são

---

<sup>31</sup> Ver, por exemplo, o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que analisaremos na próxima sessão deste capítulo: “Artigo 21. **Direito à propriedade privada.** 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei”.

importantes, mas que podem ser anulados ou limitados por razões de política pública - embora fosse necessário haver uma razão forte para o fazer (Taylor 1994, p. 80).

O fato a ser observado é que os proponentes dos direitos coletivos, tanto os liberais como aqueles mais próximos do comunitarismo ou de uma postura “coletivista”<sup>32</sup>, buscam conjugar estes direitos com a proteção aos interesses individuais encartados nos tratados de direitos humanos e nas constituições dos Estados democráticos. Embora haja divergência entre os que endossam uma ou outra versão dos direitos coletivos, os autores mencionados compartilham da opinião de que estes direitos são um bom aporte para lidar com a realidade do pluralismo cultural nos Estados contemporâneos.

### **Direitos coletivos no sistema interamericano de direitos humanos**

Embora boa parte dos debates acerca dos direitos coletivos se dê em contextos nacionais, como uma espécie de extensão das discussões sobre políticas multiculturais, a categoria adquiriu proeminência no cenário internacional a partir de uma progressiva internacionalização da temática dos direitos de minorias etnoculturais.

Este movimento de internacionalização segue duas linhas distintas. Documentos como a *Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas* (1992) asseguram direitos a minorias, mas o fazem segundo a fórmula “pessoas pertencentes a minorias”, de modo a manter a estrutura individualista que vigora no direito internacional dos direitos humanos. Já a advocacia em prol dos direitos indígenas faz uso ostensivo da terminologia dos direitos coletivos (Anaya 2006; Buchanan 1993; Johnston 1989; Parrish 2007), com destaque para as reivindicações envolvendo terras tradicionalmente ocupadas, recursos naturais e autogoverno.

As duas linhas refletem duas formas distintas de lidar com o fato da pluralidade cultural. A primeira, que é adotada pela ONU no que concerne a minorias etnoculturais à exceção dos povos indígenas, é baseada em princípios de não

---

<sup>32</sup> Utilizo o termo coletivista para designar autores mais próximos do postulado que Michael Hartney chama de “*value-collectivism*”, a exemplo de Jovanović 2005, Van Dyke 1977, 1982 e McDonald 1992.

discriminação e na garantia de direitos individuais que permitiriam o exercício das atividades que mantêm a identidade cultural viva sem a ingerência discriminatória da maioria (Kymlicka 2007, pp.3-5). Já a segunda forma, mais em linha com o multiculturalismo, pressupõe uma acomodação da diferença cultural em sua distintividade e envolve, em geral, o reconhecimento de direitos coletivos e o suporte ativo dos Estados.

Embora a primeira linha possua maior afinidade com a estrutura individualista dos direitos humanos e, por consequência, seja aceita sem grandes controvérsias, a via da acomodação é buscada ativamente pelos povos indígenas<sup>33</sup>, que têm se voltado para os sistemas de proteção internacional de direitos humanos devido ao insucesso de suas reivindicações nos Estados em que estão acomodados<sup>34</sup>. Mesmo os Estados que lhes reconhecem direitos diferenciados procedem à sua violação, como nos casos da Nicarágua e do Equador, adiante estudados.

Mas estaria o direito internacional dos direitos humanos preparado para acomodar pretensões de natureza coletiva? A jurisprudência desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente ao direito à *propriedade indígena comunal* parece revelar um caminho possível de acomodação destas pretensões, mesmo numa estrutura que reconhece nominalmente apenas direitos individuais.

### **A construção jurisprudencial de um direito humano coletivo – De *Awas Tingni v. Nicarágua* a *Kichwa de Sarayaku vs. Equador***

---

<sup>33</sup> Para descrições das reivindicações indígenas no plano internacional, ver (Barsh 1990) e (Anaya e Williams Jr. 2001).

<sup>34</sup> As minorias nacionais fazem reivindicações de direito similares às de povos indígenas, e muitos Estados ocidentais adotam a linha da acomodação para ambos os grupos, concedendo-lhes direitos similares (Kymlicka 2008, p. 9). No plano internacional, no entanto, as minorias nacionais costumam ser tratadas de modo similar às outras minorias culturais, às quais é dispensado um tratamento mais “integracionista” e calcado na concessão de direitos de não discriminação. De acordo com Kymlicka, “because virtually all of the moral principles and arguments invoked at the UN to defend indigenous rights also apply to national minorities, an attempt to draw a sharp distinction in legal status between national minorities and indigenous peoples is morally problematic” (Kymlicka 2008, p. 12). Para o autor canadense, ambas as minorias deveriam ser tratadas de modo similar. O critério para a concessão de direitos especiais não deveria ser a natureza dos países que incorporaram a minoria em questão – colonizadores, no caso de indígenas, ou países que saíram “por cima” no tumultuado processo de formação dos Estados em Europa, Ásia e África –, mas o estado de vulnerabilidade à qual foi sujeitada pela maioria (Kymlicka 2008, p. 14).

As origens do caso *Awas Tingni v. Nicarágua* remontam à luta da comunidade Awas Tingni, da etnia Mayagna (ou Sumo) – semelhante a de outros grupos indígenas da Costa Atlântica da Nicarágua – pelo reconhecimento oficial do direito a terras tradicionalmente ocupadas. Tal direito, embora previsto no art. 5º da Constituição da Nicarágua, de 1987, carecia de concretude, pois as autoridades do governo nicaraguense ainda consideravam as áreas ocupadas por comunidades indígenas como propriedade estatal.

De acordo com S. James Anaya e Maia S. Campbell (Anaya e Campbell 2009) – o primeiro tendo sido o representante legal da comunidade perante a Corte Interamericana – tudo começou com um imbróglio envolvendo o Estado da Nicarágua e membros de Awas Tingni acerca de uma concessão que o estado pretendia conferir à companhia *Maderos y Derivados, S.A. (MADENSA)* para exploração de madeira em uma porção de território que coincidia, em parte, com as terras reivindicadas por Awas Tingni.

Em encontro que envolveu os líderes da comunidade indígena, membros do Estado da Nicarágua e integrantes do *World Wildlife Fund (WWF)*<sup>35</sup>, os primeiros reforçaram o requerimento de que as terras fossem consideradas suas. O principal interesse dos líderes de Awas Tingni não era obstar a concessão, mas receber o reconhecimento estatal de que as terras em questão pertenciam à comunidade, de modo que esta pudesse participar das negociações e se beneficiar adequadamente de qualquer acordo de extração de madeira em seu território<sup>36</sup>.

Meses após esta reunião, datada de maio de 1993, o Ministério do Ambiente e Recursos Naturais (MARENA) decidiu-se por ignorar as tratativas com a comunidade e realizar de presto a concessão à MADENSA, permitindo-lhe a exploração de madeira por 30 anos no território reclamado por Awas Tingni. Os membros da comunidade, indignados, recorreram ao governo e à WWF. Por intermédio e pressão desta organização, o governo nicaraguense concordou em suspender a concessão até que um acordo envolvendo a comunidade e a companhia fosse feito. Após extensa negociação,

---

<sup>35</sup> A WWF assessorava o governo à época com o objetivo de estimular a produção de um marco regulatório que conduzisse a uma exploração de tipo sustentável dos recursos naturais.

<sup>36</sup> “They told those present that the community, while not opposing the logging if it proceeded on that understanding, had as its foremost concern gaining official government recognition and documentation of the community's rights to its traditional lands”. “They both stressed the linkage between the need for official recognition of Awas Tingni rights in traditional lands and the demand of the community to benefit fairly under any logging initiative” (ANAYA E CAMPBELL 2009, p. 267).



as partes interessadas – a companhia, a comunidade e o Estado da Nicarágua – celebraram um acordo de exploração sustentável, considerado pela WWF e outras entidades ambientalistas como um exemplo de exploração sustentável (Anaya e Campbell 2009, pp. 267-268).

Não obstante esta empreitada bem sucedida, o comprometimento do governo em reconhecer os direitos territoriais de Awas Tingni provou-se duvidoso, pois pouco depois se descobriu que ele negociava, às costas dos membros de Awas Tingni, outra concessão de mesma natureza com a empresa *Sol del Caribe, S.A. (SOLCARSA)*, em porção de terra adjacente à concedida à companhia MADENSA e também localizada em parte do território da comunidade. Ao tempo da descoberta, o governo já havia feito a concessão em caráter preliminar à SOLCARSA.

Os membros de Awas Tingni percorreram as vias administrativas possíveis, porém sem sucesso. Diante das evasivas do governo e da aparição de funcionários da SOLCARSA para inspecionar certos locais em seu território, a comunidade tomou, pela primeira vez, medidas judiciais para a anulação da concessão, interpondo recurso de “amparo” perante o *Tribunal de Apelaciones de Matagalpa*, o qual não foi conhecido por questões processuais. Depois de também verem rejeitado o recurso à Corte Suprema, os membros de Awas Tingni decidiram recorrer à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A princípio, a ideia de ingressar com um pedido na Comissão Interamericana parecia juridicamente pouco viável, uma vez que a Convenção não tutelava diretamente direitos de natureza coletiva, como a propriedade coletiva de terras ancestrais, e não havia precedentes firmados neste sentido. Nas palavras de S. James Anaya, advogado de Awas Tingni,

*The decision to petition the Inter-American Commission on Human Rights was born more out of a sense of limited options than from faith in the possibility of a successful and effective outcome. Complaints to the Commission must be grounded in the American Convention on Human Rights, the American Declaration of the Rights and Duties of Man, or select provisions of other inter-American human rights instruments. None of these instruments explicitly provided for a collective right to land on the basis of traditional land tenure or any other collective right of indigenous peoples; and no precedent by the Inter-American Commission or Court had clearly or*

*explicitly found such a right to stand alone on the basis of these instruments...*  
(ANAYA AND CAMPBELL 2009, p. 269).

Em outubro de 1995, no entanto, a petição foi protocolada com uma tese inovadora. A comunidade argumentou que o Estado da Nicarágua violara os artigos 1 (obrigação de respeitar os direitos), 2 (dever de adotar disposições de direito interno) e 21 (direito à propriedade privada) da Convenção. Ao não demarcar as terras de Awas Tingni, o governo teria lhes ferido o *direito à propriedade* e, por conseguinte, o dever de respeitar os direitos previstos na Convenção sem discriminações de qualquer sorte e de adotar medidas de direito interno capazes de dar concretude a esses direitos.

Ocorre que os direitos humanos previstos na Convenção são atribuídos, em sua literalidade, apenas a indivíduos. O artigo 21, que disciplina a propriedade e é intitulado “direito à propriedade privada”, diz que “toda *pessoa* tem direito ao uso e gozo de seus bens”, podendo a lei “subordinar esse uso e gozo ao interesse social”. *Pessoa*, no contexto da Convenção, “é todo ser humano”, segundo o art. 1º. 1, do diploma. Em princípio, portanto, uma comunidade indígena, enquanto *entidade coletiva*, não poderia reivindicar a propriedade de terras tradicionalmente ocupadas sob a guarida do art. 21 da Convenção.

A comunidade argumentou que sua modalidade específica de propriedade<sup>37</sup> – designada propriedade *comunal*, *coletiva* ou *ancestral* – encontra previsão no ordenamento jurídico interno da Nicarágua<sup>38</sup> e em outros instrumentos de direito internacional, como a Convenção nº 169<sup>39</sup> da Organização Internacional do Trabalho

---

<sup>37</sup> Na petição inicial que deu início ao processo, o regime de propriedade da comunidade é descrito, em poucas linhas, da seguinte maneira: “*Within the system of land tenure common to Atlantic Coast communities, Awas Tingni holds its lands collectively while individual Community members and families enjoy subsidiary rights of use and occupancy. [...] Beyond providing a means of sustenance for Community members, Awas Tingni's communal land base comprises a crucial aspect of the Community's existence, continuity and culture*” (Anaya 1996, p. 171).

<sup>38</sup> O art. 5º da Constituição da Nicarágua, em trecho que concerne aos povos indígenas, possui a seguinte redação: “*El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución.*”

<sup>39</sup> “Artigo 14. 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar

(OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais e o então rascunho, produzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da declaração americana sobre povos indígenas. A proteção de suas formas de propriedade estaria, portanto, em consonância com instrumentos normativos contemporâneos e com as novas perspectivas de proteção aos direitos humanos dos povos indígenas.

O direito à propriedade, nesta perspectiva, estaria inextricavelmente ligado ao direito à cultura, previsto no art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>40</sup>. Tendo em vista que as terras comunais permitem aos povos indígenas a manutenção de seus modos de vida – seu regime de produção, organização política e práticas religiosas –, protegê-las significa, também, proteger a integridade cultural daqueles que as habitam.

A petição inicial ainda arguiu a violação do direito à religião (art. 12), ao tratamento igual perante a lei (art. 24) e à participação em decisões governamentais (art. 23, 1, a), todos previstos na Convenção Americana.

Enquanto o procedimento tramitava na Comissão, o governo da Nicarágua outorgou, em caráter definitivo, a concessão à companhia SOLCARSA em março de 1996 (Anaya e Grossman 2002, p. 6)<sup>41</sup>. Esta concessão veio a ser contestada perante a *Corte Suprema de Justicia* da Nicarágua mediante o recurso de *amparo*, que desta vez foi conhecido e provido. O governo tentou ainda remediar os vícios que deram causa à anulação da concessão, mas novas medidas judiciais foram tomadas e a concessão foi definitivamente anulada.

No entanto, diante da conduta artificiosa do Estado ao negociar as concessões e de sua ausência de comprometimento em demarcar as terras indígenas vindicadas pela comunidade, a Comissão decidiu prosseguir com a demanda de Awas Tingni e levá-la até a Corte Interamericana.

---

as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.”

<sup>40</sup> “Artigo 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

<sup>41</sup> S. James Anaya and Claudio Grossman. The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples. *Arizona Journal of International and Comparative Law* Vol. 19, No. 1, 2002, p. 6.

Em junho de 1998, a Comissão apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos demanda contra o Estado da Nicarágua, fundada na representação feita pela comunidade Awas Tingni e subscrevendo a tese produzida na inicial. A Corte deveria verificar, portanto, se o Estado teria violado os arts. 1, 2, 21 e 25 da Convenção ao não ter demarcado as terras comunais da comunidade, não ter tomado as medidas necessárias para assegurar seu direito à propriedade, ter outorgado uma concessão de exploração de madeira em suas terras sem seu consentimento e não ter garantido um meio efetivo de canalização e resposta às suas reclamações.

A demanda foi instruída com uma série de documentos, dentre os quais mapas da região e estudos etnográficos sobre a comunidade Awas Tingni. Foram ainda convocados pela Comissão diversos especialistas na condição de testemunhas e peritos, cujas funções eram esclarecer e dar suporte aos argumentos apresentados pelos proponentes da demanda.

Um ponto de convergência entre os testemunhos e relatos de perícia é a particularidade do regime de propriedade experimentado pelos membros de Awas Tingni e, em geral, pelas comunidades indígenas da região do Atlântico Norte.

Theodore Macdonald Jr., antropólogo que produziu o principal estudo etnográfico sobre a comunidade, relata que a terra é explorada com base em “um sistema comunitário, dentro do qual há usufruto por parte dos indivíduos, o que significa que ninguém pode vender nem alugar esse território a pessoas de fora da comunidade”<sup>42</sup>. O antropólogo Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum explica, em seu relatório de perícia, que o caráter coletivo da propriedade se dá em dois níveis: no do território, em sua generalidade, que pertence à comunidade, mas possui áreas destinadas a usos individuais e familiares, e no de uso coletivo propriamente dito, que diz respeito a áreas que não comportam alocações e são usadas pela comunidade em situações da vida social, cultural e produtiva da comunidade<sup>43</sup>.

Além de ressaltar a dimensão simbólica da terra para a vida social e religiosa da comunidade, Stavenhagen faz um argumento explícito em favor da ideia de

---

<sup>42</sup> Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. p. 22.

<sup>43</sup> Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001, p. 23.

direitos humanos coletivos como um instrumento necessário, na específica situação dos povos indígenas, para a proteção de direitos humanos individuais:

Em certos contextos históricos, os direitos da pessoa humana são garantidos e podem ser exercidos plenamente apenas se são reconhecidos os direitos da coletividade e da comunidade a que pertence esta pessoa desde seu nascimento, da qual forma parte e a qual lhe dá os elementos necessários para poder sentir-se plenamente realizada como ser humano, que significa também ser social e cultural. A contraposição desta afirmação é que, ao serem violados os direitos de uma comunidade de seguir subsistindo como tal e de poder reproduzir-se como unidade e identidade, são violados uma série de direitos humanos básicos: os direitos à cultura, à participação, à identidade, à sobrevivência; vários estudos sobre povos e comunidades indígenas na América Latina têm demonstrado isso.<sup>44</sup>

Após a apreciação das provas e estabelecimento dos fatos principais, a Corte passou a se concentrar nas alegações de violações de direito propostas pela Comissão e contestadas pelo Estado, tendo o foco da análise repousado sobre o artigo 25 (proteção judicial) – em conjunto com os arts. 1 e 2 – e 21 (direito à propriedade) da Convenção.

De acordo com o art. 25.1, “toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais” reconhecidos pela Constituição de seu país ou previstos na Convenção. Já o artigo 1.1 prevê que os Estados devem respeitar os direitos humanos de todas as pessoas sem qualquer preconceito, enquanto o artigo 2 exige que os Estados adotem as medidas de direito interno capazes fazer concretos os direitos previstos na Convenção.

De acordo com a Corte, da análise do ordenamento jurídico nicaraguense é possível verificar “a existência de uma ordem normativa que reconhece e protege a propriedade comunal indígena”.<sup>45</sup> No entanto, não há mecanismos administrativos/jurídicos de titulação e demarcação das terras indígenas, fato que viola o artigo 2 da Convenção.

---

<sup>44</sup> Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001, p. 24.

<sup>45</sup> Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001, Parágrafo 122.

Também foi condenada a demora judicial nos recursos de *amparo*. De acordo com a Corte, o direito a recursos judiciais simples e rápidos são pilares básicos “não somente da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção”<sup>46</sup>. A Corte conclui pela violação, por parte do Estado da Nicarágua, do artigo 25 em conjunto com os artigos 1.1 e 2, todos da Convenção.

Depois destas considerações, a Corte voltou-se ao ponto central de seu julgamento, que tornou célebre este caso ao transformá-lo em precedente para todos os casos vindouros de propriedade indígena. Acerca da tese esposada pela Comissão e pelos representantes de Awas Tingni, a Corte fez as seguintes considerações:

145. Durante o estudo e consideração dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi substituída a frase “[t]oda pessoa tem o direito à *propriedade privada*, mas a lei pode subordinar seu uso e gozo ao interesse público” pela de “[t]oda pessoa tem direito ao *uso e gozo* de seus bens. A Lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social”. Ou seja, optou-se por fazer referência ao “uso e gozo dos bens” no lugar de “propriedade privada”.

146. **Os termos de um tratado internacional de direitos humanos têm sentido autônomo**, de modo que não podem ser equiparados ao sentido que lhes é atribuído no direito interno. Ademais, estes **tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação tem que se adequar à evolução dos tempos e**, em particular, **às condições de vida atuais**.

147. Por sua vez, o artigo 29.b da Convenção estabelece que nenhuma disposição pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido de acordo com as leis de qualquer dos Estados partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um destes Estados”.

148. Através de uma **interpretação evolutiva** dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, conforme o artigo 29.b da Convenção - que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos, esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção **protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades**

---

<sup>46</sup> Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001, Parágrafo 112.

indígenas no contexto da propriedade comunal, a qual também está reconhecida na Constituição Política da Nicarágua. (Grifos meus).<sup>47</sup>

Em um primeiro momento, a Corte faz uma definição ampla e genérica do que eventualmente pode ser considerado um *bem* protegido pelo artigo 21. No parágrafo 144, define bens como objetos passíveis de apropriação, que possam integrar o patrimônio de uma pessoa. Adiciona ainda que tal conceito abarca bens “materiais” e “imateriais” que possam ter “valor”.

Em seguida, a decisão fez questão de destacar o caráter controverso do termo “propriedade privada” quando dos trabalhos de produção da Convenção Americana. Como observa Thomas Antkowiak, o direito de propriedade foi previsto tanto na Declaração *Universal* quanto na *Americana* de Direitos Humanos, mas enfrentou posterior declínio durante as disputas ideológicas travadas no pós-guerra (Antkowiak 2017, p. 265). Nem o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais previram o direito à propriedade. Já os sistemas regionais – americano, europeu<sup>48</sup> e africano<sup>49</sup> –, apesar dos intensos debates, abrigaram-no em diferentes formulações.

O termo “propriedade” foi retirado da versão final da Convenção Americana, restando, em seu lugar, a expressão que consagrou o direito a toda pessoa de “uso e gozo de seus bens”. A partir desta observação, a Corte desenvolveu seu raciocínio aplicando os seguintes critérios, em sequência: (i) os termos jurídicos são polissêmicos e não estão presos aos sentidos que lhe atribuem os ordenamentos jurídicos dos Estados; (ii) os tratados de direitos humanos são “instrumentos vivos”, não se restringindo, portanto, ao seu sentido histórico; (iii) os tratados de direitos humanos não podem ser interpretados de maneira restritiva; e (iv) devem ser submetidos a uma “interpretação evolutiva”.

---

<sup>47</sup> Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001, pp. 58-59.

<sup>48</sup> Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Mar. 20, 1952, 213 U.N.T.S. 262, art. 1. “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

<sup>49</sup> African Charter on Human and Peoples’ Rights, Article 14. “The right to property shall be guaranteed. It may only be encroached upon in the interest of public need or in the general interest of the community and in accordance with the provisions of appropriate laws.”

O raciocínio que resulta da aplicação destes critérios pode ser sintetizado da seguinte maneira. A Convenção Americana prevê o direito, a toda pessoa, de uso e gozo de seus bens. Tal previsão, embora tenha por principal intento a proteção do modo mais comum de propriedade no mundo ocidental – a *propriedade privada* –, adotou uma redação abrangente, capaz de comportar em sua moldura outras formas de propriedade, como a *propriedade comunal*. Não reconhecer aos membros de Awas Tingni o direito ao *uso e gozo* de seus bens dentro do contexto de seu sistema particular de propriedade seria prender-se ao significado civilista do termo, adotando uma interpretação restritiva, algo proibido por dispositivos da própria Convenção.

Ademais, novos tratados internacionais têm reconhecido a especificidade dos povos indígenas e de seus direitos, dentre os quais se destaca o direito à propriedade comunal, por necessário à preservação de sua identidade cultural. Caberia à Corte, portanto, adequar sua jurisprudência a estas situações “novas” que se lhe apresentam e adotar uma *interpretação evolutiva*, em consonância com os novos entendimentos acerca do significado dos direitos humanos, não mais adstritos à dimensão individualista que lhes marcou por tanto tempo.

A Corte concluiu, assim, que o estado da Nicarágua violou os direitos dos *membros* da comunidade Awas Tingni previstos nos artigos 1.1, 2, 21 e 25 da Convenção Americana. A decisão dispôs que o Estado deveria demarcar e titular as terras da comunidade e criar mecanismos dos quais os grupos indígenas pudessem se valer para reivindicar a delimitação, demarcação e titulação de suas propriedades. Além disso, o Estado foi condenado a pagar US\$ 30.000 (trinta mil dólares) a títulos de custas e US\$ 50.000 (cinquenta mil dólares) em obras ou serviços de interesses da comunidade a título de “danos imateriais”.

Além de ter se tornado um precedente notório na aplicação de instrumentos de direitos humanos aos povos indígenas, *Awas Tingni v. Nicarágua* abriu a discussão sobre os direitos coletivos e os desafios que a diversidade étnica e cultural impõe aos sistemas de direitos humanos.

É de se observar, por exemplo, que a Corte considerou como violados os direitos dos membros da comunidade – e não da comunidade em si, como lembra Sílvia Maria da Silveira Loureiro (2012). O direito à propriedade é concedido aos membros de Awas Tingni – um direito individual ao uso e gozo de seus bens em um contexto



coletivo, e não um direito *da comunidade*. Tal raciocínio é ilustrado no voto fundamentado concordante de Sergio Garcia Ramírez, que a despeito de reconhecer a existência de direitos coletivos ou de grupo, reafirma o caráter individual do reconhecimento concedido pela Corte:

14. Na análise do tema sujeito à sua jurisdição, a Corte Interamericana contemplou os direitos de uso e gozo reconhecidos no artigo 21 sob a perspectiva, perfeitamente válida, dos membros das comunidades indígenas. Em meu conceito, esta forma de analisar o tema, para os fins da presente Sentença, não implica de modo algum desconhecer ou negar direitos de outra natureza ou alcance vinculados com estes, como são os de caráter coletivo, aos que com a maior frequência aludem as normas e instrumentos nacionais e internacionais que invoquei neste voto. É indispensável observar que estes direitos comunitários, que formam parte profunda da cultura jurídica de muitos povos indígenas, e, portanto, de seus integrantes, constituem a fonte e o amparo dos direitos subjetivos individuais. Em suma, existe uma íntima e indissolúvel vinculação entre os direitos de ambas as ordens – individuais e coletivos –, de cuja vigência efetiva depende a genuína tutela das pessoas que formam parte dos grupos étnicos indígenas.

O voto de Ramírez exemplifica o primeiro raciocínio construído pela Corte Interamericana para lidar com o impasse entre o individualismo dos Direitos Humanos, encarnado nas disposições da Convenção, e a natureza coletiva do direito que estavam a reconhecer. Embora reconheça a existência e validade de direitos coletivos em tratados internacionais e no “direito consuetudinário” de diversos povos indígenas, Ramírez afirma que a Corte se apegou aos limites da Convenção, avaliando o caso em termos de direitos individuais violados. Ao longo dos anos, a Corte aplicou sua nova interpretação do art. 21 a diversos casos envolvendo povos indígenas<sup>50</sup>, mas manteve o parâmetro individualista de reconhecimento estabelecido em *Awas Tingni vs. Nicarágua*.

No entanto, houve um progressivo descontentamento com a fórmula adotada. Em *Xákmok Kásek vs. Paraguai*, que também versa sobre o tema da propriedade ancestral, o juiz Eduardo Vio Grossi sugeriu, em voto concorrente, uma mudança jurisprudencial em direção ao reconhecimento das próprias comunidades

---

<sup>50</sup> Ver os casos das comunidades indígenas do Chaco Paraguai – Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2005), Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai (2006) e Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010).

jurídicas como sujeitos coletivos de direito. Para tanto, apoiou-se no que considera um “processo de mutação que estaria experimentando, neste âmbito, o Direito Internacional Geral”<sup>51</sup>. Grossi conclui assim seu voto:

25. Todo o anterior permitiria, portanto, chegar a uma compreensão mais ampla do disposto no artigo 1 da Convenção, no tocante a que a obrigação de respeitar e garantir a toda pessoa o exercício dos direitos consagrados por ela incluiria também as coletividades ou comunidades, como os povos indígenas, na medida em que a tais entidades lhes reconheçam pelo menos alguns desses direitos, os que, portanto, seus membros unicamente poderiam desfrutar e exercer por seu intermédio e em razão de que formam parte da mesma, o que, definitivamente implicaria que não seriam unicamente de caráter individual.

26. Em outras palavras, tendo em conta o precedentemente exposto e aplicando o previsto no artigo 29.b e 29.d da Convenção, poderia concluir-se que, conforme o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seria procedente, por um lado, incluir no termo “pessoa” contido em diversos artigos daquela e como vítimas de violações a direitos consagrados pela mesma, não somente os membros, individualmente considerados, dos povos indígenas, mas também estes últimos enquanto tais e, por outra parte, consequentemente considerar entre esses direitos os concernentes aos referidos povos, com o que não somente se faria justiça, mas, além disso, a jurisprudência seria localizada assim, mais nitidamente e sem margem para equívocos, na moderna tendência que se estaria perfilando com cada vez maior nitidez no Direito Internacional que regulamenta esta matéria.

A virada jurisprudencial indicada por Vio Grossi se concretizou no julgamento do caso *Comunidade Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, em junho de 2012. Entre os anos de 1995 e 1996, o Estado do Equador promoveu licitação para a exploração e extração de hidrocarbonetos e petróleo cru numa porção de seu território, na qual estava inclusa uma área habitada pelo povo Kichwa de Sarayaku. O Estado equatoriano assinou o contrato com um consórcio de empresas, sem, no entanto, consultar os povos indígenas que habitavam o bloco territorial que foi objeto da concessão. Das tentativas de execução do contrato defluiram diversos atritos entre as empresas e o povo Kichwa de Sarayaku, o que resultou no peticionamento pela

---

<sup>51</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010, Voto Concordante do Juiz Eduardo Vio Grossi, par. 16.

comunidade indígena à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que apresentou à Corte, em 2010, demanda contra o Estado do Equador.

Uma vez que o povo Kichwa de Sarayaku já possuía direitos legais sobre o território que habitava e o Estado equatoriano admitiu a responsabilidade pela violação de direitos perpetrada pelo próprio Estado e pelas companhias privadas, a Corte IDH não discutiu em seu julgado o direito à propriedade comunal em si, mas aproveitou a oportunidade para definir com maior precisão os contornos do direito à consulta prévia. Além de reiterar a jurisprudência estabelecida desde *Awás Tingni vs. Nicarágua* sobre o art. 21, também aproveitou para afirmar com veemência a importância do direito à *identidade cultural*:

217. A Corte considera que o direito à identidade cultural é um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, que deve ser respeitado numa sociedade multicultural, pluralista e democrática. Isso implica a obrigação dos Estados de garantir aos povos indígenas que sejam devidamente consultados sobre assuntos que influenciam, ou podem influenciar, sua vida cultural e social, de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização. Nesse sentido, a Convenção nº 169 da OIT reconhece as aspirações dos povos indígenas de ‘assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram’.

Além de reconhecer o direito à identidade cultural como um direito coletivo dos povos indígenas, a decisão termina por reconhecê-los como autênticos sujeitos coletivos de direito:

231. Em oportunidades anteriores, em casos relativos a comunidades ou povos indígenas e tribais, o Tribunal declarou violações em detrimento dos integrantes ou membros das comunidades e povos indígenas ou tribais. Entretanto, a legislação internacional relativa a povos e comunidades indígenas ou tribais reconhece direitos aos povos como sujeitos coletivos do Direito Internacional e não unicamente a seus membros. Tendo em vista que os povos e comunidades indígenas ou tribais, unidos por suas particulares formas de vida e identidade, exercem alguns direitos reconhecidos pela Convenção de uma perspectiva coletiva, a Corte salienta que as considerações de direito expressas ou expostas na presente Sentença devem ser entendidas nessa perspectiva coletiva.

A Corte IDH concluiu, com este julgado, um processo de acomodação jurisprudencial de demandas de natureza coletiva realizadas pelos povos indígenas latino-americanos, que ousaram buscar reparação em um sistema que, a princípio, não podia processar adequadamente suas reivindicações. Mas este não foi um desenvolvimento isolado. O sistema interamericano contribui, em conjunto com os outros sistemas regionais de direitos humanos, para a consolidação de um regime internacional de direitos dos povos indígenas calcado em suas especificidades culturais e costurado às normas prevalentes de direitos humanos.

As feições deste regime podem ser vistas nos artigos da *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007)* e da *Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016)*. Ambas as declarações não se valem da fórmula “pessoas pertencentes a...” e conferem direitos diretamente aos *povos indígenas*, além de fazerem uso corrente do termo “direitos coletivos”. Os direitos de natureza coletiva, ao menos no que diz respeito aos povos indígenas, parecem ter vindo para ficar e para compor o conjunto de direitos de aplicação transnacional que convencionamos chamar de direitos humanos.

#### **IV. Conclusão. “Direitos humanos coletivos” – uma ideia plausível?**

Como constatamos ao fim do segundo capítulo, os direitos coletivos adentraram a esfera do discurso internacional e já experimentam certo grau de reconhecimento. Eles desempenham um papel importante na teoria e prática dos direitos indígenas e já foram reconhecidos jurisprudencialmente pelo sistema interamericano de direitos humanos. Uma análise puramente positivista se contentaria em dizer que, como tais direitos foram acolhidos pela jurisprudência, não nos caberia discutir a sua plausibilidade – tratar-se-iam de novos direitos humanos.

No entanto, poucas análises filosóficas acerca dos direitos, em geral, e dos direitos humanos, em particular, contentam-se com a verificação de sua existência legal. Os direitos humanos são considerados primariamente *direitos morais*, embora também possam ser direitos jurídicos. A distinção entre direitos morais (*moral rights*) e direitos jurídicos (*legal rights*), comum em ambientes anglófonos, é correlata àquela, que nos é mais familiar, entre *direitos naturais* e *direitos positivos*, embora o uso do vocabulário dos direitos morais não requeira a adoção da justificação jusnaturalista dos direitos naturais. O termo direitos morais é geralmente utilizado para denominar reivindicações moralmente justificáveis que acarretam correlatas obrigações morais. Tais reivindicações são feitas “no âmbito de um sistema normativo moral, onde haja obrigações cuja fonte não é a autoridade munida de força coativa, mas Deus, a própria consciência, a pressão social, a depender das várias teorias da moral” (Bobbio 2004, p. 38).

Sendo assim, a questão importante, do ponto de vista da filosofia política, é a plausibilidade da ideia de direitos morais coletivos e, mais especificamente, de direitos humanos coletivos.

A primeira dificuldade suscitada pelos direitos humanos coletivos diz respeito a sua titularidade. Os direitos humanos são tradicionalmente concebidos como direitos de pessoas individualmente consideradas. Apenas indivíduos possuiriam status moral para reivindicar direitos *humanos*. Autores como Hartney vão ainda mais longe e consideram que apenas indivíduos podem ser portadores de direitos morais de qualquer tipo. Isto coloca um problema para a teoria dos direitos coletivos. Como direitos atribuídos a grupos de pessoas poderiam integrar o seletor de direitos humanos?

De acordo com Peter Jones (1999), a resposta depende da concepção de direito coletivo adotada. De acordo com o autor, os direitos coletivos podem ser concebidos de duas maneiras distintas. A primeira delas, a qual ele denomina “concepção corporativa” (*corporative conception*), define-os à moda dos direitos conferidos às pessoas jurídicas. Os grupos, assim como as pessoas jurídicas, são formados por indivíduos, mas possuem interesses que lhes são próprios e não se resumem aos de seus membros. Nesta concepção, os direitos de um grupo não são de titularidade conjunta dos indivíduos que o compõem, *mas da entidade coletiva em si*. Atribui-se a ela um status moral suficientemente significativo, capaz de lhe tornar digna de ser titular de direitos, independentemente de seus membros (Jones 1999, pp. 86-87).

Quando as pessoas pensam em direitos coletivos, geralmente o fazem tendo em conta a sua concepção corporativa, talvez em razão da familiaridade com o modo como o Direito (objetivo) confere direitos às pessoas jurídicas. Jeremy Waldron (Waldron 1993, p. 362), por exemplo, tem esta concepção em mente quando questiona a possibilidade de reconhecimento de direitos humanos de grupos. Ocorre que a incompatibilidade dos direitos coletivos assim concebidos com a linha de justificação tradicional dos direitos humanos é evidente, dado o status moral que concede a coletividades e agrupamentos humanos. No entanto, esta não é única versão dos direitos coletivos disponível em teoria.

A segunda concepção, endossada por Jones e chamada de “coletivista” (*collective conception*), se ancora fortemente nas definições de direito de Joseph Raz (Raz 2011). Segundo Raz, “‘X tem um direito’ se e somente se X puder ter direitos, e, se outras coisas forem iguais, um aspecto do bem-estar de X (seu interesse) é uma razão suficiente para considerar alguma(s) outra(s) pessoa(s) sujeita(s) a um dever” (Raz 2011, p. 155). Tendo por base esta concepção individual de direito – a ideia de que um

indivíduo tem um direito se um seu interesse for razão suficiente para impor um dever sobre outrem –, a concepção coletivista estende esta capacidade de ter direitos a grupos de indivíduos, caso seus membros possuam um *interesse em conjunto* capaz de justificar a imposição de um dever sobre outras pessoas, levando em conta que o mesmo interesse, individualmente considerado, não seria razão suficiente para o reconhecimento de um direito.

Nesta acepção coletivista<sup>52</sup>, um direito coletivo é um direito possuído *conjuntamente* pelos membros de um grupo – direito este que, não obstante exista em virtude do grupo, só se justifica pelos interesses de seus membros, e não do grupo em si<sup>53</sup>. Em outras palavras, são os indivíduos, na qualidade de membros do grupo em questão, que são objeto de consideração moral para a concessão de direitos coletivos, e não o grupo, que não possuiria status moral. A este são concedidos direitos na medida em que sirvam aos interesses compartilhados de seus membros. Assim compreendidos, os direitos coletivos não seriam incompatíveis com os direitos humanos, pois se justificariam no especial status moral das pessoas e na necessidade de proteção de seus interesses para a preservação de sua dignidade.

Além da ausência de incompatibilidade em termos de titularidade, há outros motivos que apoiem o reconhecimento de certos direitos coletivos como integrantes da mesma família conceitual dos direitos humanos? Creio que a resposta é positiva, por ao menos duas razões.

Em primeiro lugar, a concessão de direitos a grupos de pessoas não pressupõe a adoção do que Hartney chama de *value-collectivism*. Por simples motivos instrumentais, é possível argumentar que certos interesses e bens importantes para os indivíduos são mais bem protegidos através de direitos coletivos (Van Dyke 1982, p. 24), hipótese que nem Hartney descarta por completo. É igualmente possível ir além e

---

<sup>52</sup> A versão apresentada por Jones é uma adaptação da concepção de direitos coletivos de Raz. De acordo com o autor, “um direito coletivo existe quando as três condições a seguir são satisfeitas. Primeira, existe porque um aspecto do interesse dos seres humanos justifica manter algumas pessoas sujeitas a um dever. Segunda, os interesses em questão são os interesses de indivíduos como membros de um grupo em um bem público porque ele serve aos seus interesses como membros do grupo. Terceira, o interesse de nenhum membro isolado daquele grupo naquele bem público é suficiente por si mesmo para justificar a manutenção de outra pessoa à sujeição de um dever” (Raz 2011, p. 194).

<sup>53</sup> Como observa Joseph Raz, “os direitos, ainda que coletivos, só podem ocorrer se eles servirem aos interesses dos indivíduos. Neste sentido, os interesses coletivos são uma simples *façon de parler*. Eles constituem uma maneira de se referir aos interesses individuais que surgem da participação dos indivíduos em comunidades” (Raz 2011, p. 194).

dizer que certos direitos coletivos, como o direito à autodeterminação, são pré-requisitos para o gozo de direitos individuais. No caso específico de povos indígenas, o direito coletivo à propriedade comunal é necessário não só à proteção do direito ao “uso e gozo dos bens” de acordo com o seu sistema particular de propriedade, mas desempenha papel crucial na preservação da identidade cultural e na sobrevivência econômica de seus membros. Como observado na sentença de *Awat Tingni v. Nicarágua*:

149. Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações<sup>54</sup>.

Em segundo lugar, a ausência de isonomia nas relações entre diferentes grupos culturais em diversos Estados contemporâneos tem se mostrado uma das ameaças recentes à dignidade humana – um problema contra o qual os direitos humanos têm oferecido poucas respostas. Como observa Michael Freeman, muitos dos atos violadores de direitos humanos ocorridos desde o fim da segunda guerra mundial tiveram por alvo grupos étnicos enquanto tais, e foram percebidos tanto por perpetradores quanto por vítimas em termos coletivos (Freeman 1995, p. 32). Nas palavras do antropólogo Stanley Tambiah, “o conflito étnico é um fato crítico de nosso tempo” (Tambiah 1997, p. 5). Respostas a estes problemas precisam ser divisadas.

Mesmo Jack Donnelly, notório opositor da ideia de direitos humanos coletivos, concede que em casos como os de povos indígenas é necessária uma abordagem diferenciada que reconheça direitos *dos povos* indígenas. Sua justificativa é de que o flagelo vivido pelas comunidades se assemelha àquele dos indivíduos – a

---

<sup>54</sup> Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awat Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001, par. 149.



dignidade de seus membros sofre ameaças sistemáticas de instituições modernas como os Estados nacionais, os mercados e as pessoas a eles ligadas (Donnelly 2013, p. 52).

Dentre as condições que Donnelly elenca como características às comunidades indígenas – e que, por consequência, legitimam a abordagem diferenciada – estão o seu caráter reduzido em termos quantitativos, a sua distintividade geográfica e cultural em relação ao restante da sociedade, o desejo de seus membros de permanecer na comunidade, mesmo em contato com o “mundo externo”, e o fato de que o estabelecimento de instituições da sociedade dominante no local onde a comunidade reside poderia destruir o modo de vida deste grupo de maneira tal que a maioria de seus membros rejeitaria este influxo (Donnelly 2013, p. 52). Ora, pode-se dizer que estas características não são exclusivas de povos indígenas, mas compõem o cenário de vida de outras minorias nacionais, étnicas e religiosas incrustadas em muitos Estados contemporâneos. Seu argumento em prol da acomodação da diferença em se tratando de povos indígenas abre espaço, no mínimo, para uma análise ponderada e cautelosa da reivindicação de outros grupos.

Abrir o discurso dos direitos humanos às reivindicações coletivas de minorias nacionais, étnicas e religiosas não significa abrir mão da “revolução copernicana” de que falamos no primeiro capítulo. Como lembra Michael Ignatieff, o fundamento último dos direitos coletivos não é a proteção de grupos em seu próprio benefício, mas a proteção dos indivíduos que os compõem (Ignatieff 2000, p. 330). Um individualismo moral do tipo que abordamos neste trabalho está intrinsecamente conectado ao moderno discurso dos direitos – e uma proposta que intentasse uma dissociação entre ambos teria o ônus de realizar uma revisão do que entendemos por direito subjetivo.

Incorporar os direitos coletivos ao rol dos direitos humanos não significa, portanto, abandonar o individualismo subjacente aos direitos humanos, como pretendem alguns críticos. Como vimos no primeiro capítulo, toda filosofia dos direitos humanos se desenvolveu a partir da consideração dos indivíduos como agentes moralmente autônomos, capazes de fazer escolhas e de seguir o próprio caminho.

O alerta realizado por Tamir e Okin de que os direitos coletivos podem se chocar com os direitos individuais não deve, portanto, ser menosprezado. Quaisquer reivindicações de direitos coletivos, realizadas nos sistemas regionais de direitos

humanos ou em instâncias constitucionais, devem sofrer escrutínio público e teórico. O ceticismo *prima facie* com o qual alguns teóricos liberais encaram os direitos coletivos não é totalmente desprovido de razão, especialmente aqueles que tocam diretamente a questões de gênero. Não obstante, o choque entre direitos não é um obstáculo intransponível, cabendo à teoria e à jurisprudência encontrar o balanço adequado em casos concretos que envolvam interesses individuais e coletivos, sempre levando em conta o especial status moral de que goza o indivíduo na estrutura conceitual dos direitos humanos.

Tudo isto dito, se contrastarmos as características da concepção contemporânea de direitos humanos, que elencamos no fim do primeiro capítulo, com a defesa, feita nesta conclusão, de uma definição de direitos humanos coletivos compatível com o individualismo moral, apenas uma incongruência parece persistir – aquela entre o propagado *universalismo* dos direitos humanos e o *particularismo* dos direitos coletivos.

O adjetivo “universal”, quando atribuído aos direitos humanos, possui várias conotações. Os direitos humanos podem ser considerados universais no sentido de que praticamente todos os países do mundo consideram os direitos humanos internacionalmente reconhecidos como parte integrante da política e do direito internacional; de que o consenso sobre o qual repousam estes direitos possui alcance quase universal; ou mesmo de que as ameaças à dignidade humana às quais respondem os direitos internacionalmente reconhecidos são universais (Donnelly 2013, p. 94).

Mas há um sentido primordial de universalidade, contido nas primeiras declarações dos Direitos do Homem e na própria Declaração de 1948, segundo o qual os direitos tidos por naturais ou humanos são titularizados indistintamente por todos os seres humanos. Seu princípio-base é a comum humanidade de todos os homens e mulheres. É este sentido que parece impor uma barreira ao reconhecimento dos direitos coletivos como parte dos direitos humanos.

Mas como observa acuradamente Bobbio, os únicos direitos que podem ser realmente considerados universais, neste sentido primordial, são os direitos civis. Nada obsta que consideremos o sujeito humano em abstrato quando estão em jogo os direitos à vida, à integridade física, às liberdades de religião, consciência, expressão, associação e reunião, à proteção contra a prisão arbitrária, a um julgamento justo etc.

Mas o movimento em direção aos direitos sociais, econômicos e culturais – e o mesmo vale até para os direitos políticos – ocorreu através de um “processo de multiplicação por especificação” (Bobbio 2004, p. 34), em que os indivíduos foram considerados segundo seus distintos papéis sociais, status e características. Numa palavra, estes direitos pressupõem uma análise dos indivíduos a partir do que lhes faz *diferentes* dos outros, e não de sua igualdade, como no caso dos direitos civis. Segundo Bobbio,

Essa universalidade (ou indistinção, ou não discriminação) na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais, e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente. Com relação aos direitos políticos e aos direitos sociais, existem diferenças de indivíduo para indivíduo, ou melhor, de grupos de indivíduos para grupos de indivíduos, diferenças que são até agora (e o são intrinsecamente) relevantes. Durante séculos, somente os homens do sexo masculino — e nem todos — tiveram o direito de votar; ainda hoje não têm esse direito os menores, e não é razoável pensar que o obtenham num futuro próximo. Isso quer dizer que, na afirmação e no reconhecimento dos direitos políticos, não se podem deixar de levar em conta determinadas diferenças, que justificam um tratamento não igual. Do mesmo modo, e com maior evidência, isso ocorre no campo dos direitos sociais. Só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são iguais no gozo das liberdades negativas (Bobbio 2004, p. 34, grifos meus).

A implicação do argumento de Bobbio é que tanto a *igualdade* do sujeito humano abstrato, quanto a *diferença* entre os sujeitos humanos específicos, que variam de acordo com a idade, gênero, etnia, religião etc., desempenham um papel crucial na atribuição e gozo dos direitos humanos, a depender da classe de direitos em questão. O princípio da não discriminação não pode nortear o reconhecimento de todos os direitos humanos, a menos que sejam considerados como tais apenas os direitos de primeira geração.

Os direitos humanos se desenvolvem em resposta a condições sociais específicas e contingentes. Este é o motor de sua expansão. Os direitos coletivos não são uma panaceia para a resolução dos conflitos que nascem da pluralidade cultural em

Estados contemporâneos, nem um substituto aos direitos individuais, mas um complemento a estes, uma ferramenta possível para a proteção de minorias etnoculturais ao redor do mundo. Este trabalho se limitou, em seu humilde escopo, a resenhar os termos do debate acerca desta ferramenta e a defender a plausibilidade de seu reconhecimento como parte integrante do quadro normativo dos direitos humanos.

## Referências bibliográficas

ANAYA, S. James. 1996. "The Awas Tingni Petition to the Inter-American Commission on Human Rights: Indigenous Lands, Loggers, and Government Neglect in Nicaragua." 9 St. Thomas L. Rev. 157, 208, p. 171.

\_\_\_\_\_. 2006. "Indian Givers: What Indigenous Peoples Have Contributed to International Human Rights Law." 22 Wash. U. J. L. & Pol'y 107.

\_\_\_\_\_, CAMPBELL, Maia S. 2009. "Gaining legal recognition of indigenous land rights – the story of the Awas Tingni Case in Nicaragua." In: ANAYA, S. James. *International Human Rights and Indigenous Peoples*. Philadelphia: Aspen Publishers.

\_\_\_\_\_, GROSSMAN, Claudio. 2002. "The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples". *Arizona Journal of International and Comparative Law* Vol. 19, No. 1.

\_\_\_\_\_, WILLIAMS, Robert A. Jr. 2001. "The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System." 14 Harv. Hum. Rts. J. 33.

ANTKOWIAK, Tomas M. 2017. *The American Convention on Human Rights: essential rights*. 1ª ed. New York: Oxford University Press, chap. 8 – "Property", pp. 263-285.

ARSLAN, Z. 1999. "Taking Rights Less Seriously: Postmodernism and Human Rights." *Res Publica* 5(2).

BARRETO, Vicente de Paulo; WASEM, Franciele. 2012. "Entre duas Escrituras: Multiculturalismo e Direitos Humanos". *RIDB*, Ano 1, nº 12, pp. 7181-7214.

BARSH, Russel L. 1994. "Indigenous Peoples in the 1990s: From Object to Subject of International Law." 7 Harv. Hum. Rts. J. 33.

\_\_\_\_\_. 1995. "Indigenous Peoples and the Idea of Individual Human Rights." *Native Studies Review*, 10(2), pp. 35-55.

BEITZ, Charles. 2003. "What Human Rights Mean." *Daedalus*, vol. 132, no. 1, pp. 36–46.

BENTHAM, Jeremy. 1987. "Anarchical Fallacies, being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution." In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Nonsense upon stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London and New York: Methuen.

BOBBIO, Norberto. 1986. “O modelo jusnaturalista.” Em: *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. São Paulo: Editora Brasiliense.

\_\_\_\_\_. 1995. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone.

\_\_\_\_\_. 2004. *A era dos direitos*. 7ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier.

BRAGATO, Fernanda. 2014. A construção permanente dos sentidos dos Direitos Humanos. Entrevista especial com Fernanda Bragato. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/537473-a-construcao-permanente-dos-sentidos-dos-direitos-humanos-entrevista-especial-com-fernanda-bragato>>

BUCHANAN, Allen. 1993. “Role of Collective Rights in the Theory of Indigenous Peoples' Rights.” 3 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 89.

\_\_\_\_\_. 1994. “Liberalism and Group Rights.” In: COLEMAN, J. L.; BUCHANAN, A. *In harm's way: essays in honor of Joel Feinberg*. Cambridge: Cambridge University Press, pp.1-15.

BURKE, Edmund. 1987. “Reflections on the revolution in France.”, In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Nonsense upon stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London and New York: Methuen.

CALHEIROS, Maria Clara. 2015. “A crítica aos Direitos do Homem. Notas à Luz das Anarchical Fallacies de Jeremy Bentham.” Em: *Do direito natural aos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, pp. 159-187.

CARVALHO NETTO, Menelick de. 2002. “A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição.” *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 68, n. 2, p. 67-84.

CASSIMIRO, Paulo Henrique Paschoeto. 2015. “O contrato histórico contra o direito natural: a crítica à Revolução Francesa e o nascimento do conservadorismo moderno na obra de Edmund Burke.” *Sæculum – Revista de História*, nº 33, pp. 375-394.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. 2010. “What Are Human Rights? Four Schools of Thought.” *Human Rights Quarterly*, vol. 32, no. 1, pp. 1–20.

DONNELLY, Jack. 1982. “Human Rights as Natural Rights.” 4 *Hum. Rts. Q.* 391.

\_\_\_\_\_. 2013. *Universal human rights in theory and practice*. 3ª Ed. Ithaca and London: Cornell University Press.

DUMONT, Louis. 1985. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco.

\_\_\_\_\_. 2008. *Homo Hierarchicus: O Sistema de Castas e suas Implicações*. 2ª ed. 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. 2018. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas.

FREEMAN, Michael. 1995. "Are there Collective Human Rights?" *Political Studies* 43: 25–40.

GARGARELLA, Roberto. 2008. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes.

GEARTY, Conor. 2001. "Reflections on Human Rights and Civil Liberties in Light of the United Kingdom's Human Rights Act." 1998, 35 *U. Rich. L. Rev.* 1.

GHAJ, Y. 1998. "Human Rights and Asian Values." *Journal of the Indian Law Institute*, 40(1/4) pp. 67-86.

GOODALE, Mark. 2006. "Toward a Critical Anthropology of Human Rights. *Current Anthropology*." Vol. 47, No. 3, pp. 485-511.

GRIFFIN, James. 2001. "First Steps in an Account of Human Rights. *European Journal of Philosophy*." 9: 306-327.

HARTNEY, Michael. 1995. "Some Confusions concerning Collective Rights." In: KYMLICKA, Will (ed.). *The Rights of Minority Cultures*. Oxford and New York: Oxford University Press, pp. 202-227.

HOBBS, Thomas. 2014. *Compêndio Leviatã*. São Paulo: Hunterbooks.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

IGNATIEFF, Michael. 2001. *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press.

IGNATIEFF, Michael. 2001. "The Attack on Human Rights." *Foreign Affairs*, Vol. 80, No. 6, pp. 102-116.

JOHNSTON, Darlene M. 1989. "Native Rights as Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation." 2 *Can. J. L. & Jurisprudence* 19.

JONES, Peter. 1999. "Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights." *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, No. 1, pp. 80-107.

JOVANOVIĆ, Miodrag A. 2005. "Recognizing Minority Identities through Collective Rights." 27 *Hum. Rts. Q.* 625.

KANT, Immanuel. 2013. *Metafísica dos Costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique

Hulshof. – Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco.

KYMLICKA, Will. 1995. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford and New York: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. 2001. “Multiculturalism” In: *Contemporary political philosophy: an introduction*. 2ª Ed. Oxford and New York: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. 2008. “The internalization of minority rights.” I-CON, Volume 6, Number 1, 2008, pp. 1–32.

\_\_\_\_\_. 2011. Direitos humanos e justiça etnocultural. *Meritum* – Belo Horizonte – v. 6 – n. 2 – p. 13-55.

KOLAKOWSKI, Leszek. 1978. *Main Currents of Marxism. Vol. 1: The Founders*. Oxford: Clarendon Press.

KUKATHAS, Chandran. 1998. “O arquipélago liberal: contornos de um conceito de liberalismo.” *Análise Social*, vol. xxxiii (146-147), 2.º-3.º, pp. 359-378.

LEVIN, Yuval. 2017. *O grande debate: Edmund Burke, Thomas Paine e o nascimento da esquerda e da direita*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Record.

LEVY, Jacob T. 1997. “Classifying Cultural Rights.” In: SHAPIRO, Ian; KYMLICKA, Will (ed.). *Ethnicity and group rights*, NOMOS, XXXIX, Nova Iorque: New York University Press.

LOCKE, John. 1998. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. 2012. “O reconhecimento pela corte interamericana de direitos humanos das vítimas coletivas como sujeitos do direito internacional: análise da evolução jurisprudencial em casos de reclamos territoriais dos povos indígenas.” *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 12.

MARITAIN, Jacques. “Introduction.” In: *Human rights: comments and interpretations*. Unesco, eds. New York: Columbia University Press, 1949, pp. 9-18.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. 2010. São Paulo: Boitempo. Edição do Kindle.

MCDONALD, Michael. 1992. “Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism.” In: AN-NA’IM, Abdulhahi A. (org.). *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: a quest for consensus*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.

OKIN, Susan M. 2010. “O multiculturalismo é ruim para as mulheres?” *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 4. Brasília, pp. 355-374.



- PARRISH, Austen L. 2007. "Changing Territoriality, Fading Sovereignty, and the Development of Indigenous Group Rights." Articles by Maurer Faculty. Paper 889.
- PERRY, Michael J. 1998. *The idea of human rights: four inquiries*. New York and Oxford: Oxford University Press.
- RATTANSI, Ali. 2012. *Multiculturalism: A Very Short Introduction*. Oxford University Press. Edição do Kindle.
- RAZ, Joseph. 1995. "Multiculturalism: A Liberal Perspective." In: *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, rev. ed. Oxford: Oxford University Press, pp. 170-191.
- \_\_\_\_\_. 1999. "How perfect should one be? And whose culture is?" In: OKIN, S. M. with respondents. *Is multiculturalism bad for women?* Princeton and New Jersey: Princeton University Press, pp. 95-100.
- \_\_\_\_\_. 2011. *A moralidade da liberdade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, Seção III – Liberdade Individualista: Liberdade e Direitos, pp. 154-243.
- REALE, Miguel. 2002. *Lições preliminares de direito*. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. 2014. *Do contrato social*. São Paulo: Hunterbooks.
- RUIZ, Carlos Miguel. 2002. "The Idea of Human Dignity." In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts - Neue Folge*, vol. 50, pp. 281-299.
- SANTOS, Boaventura de Souza. 1997. "Uma concepção multicultural de direitos humanos." *Lua Nova* [online], n.39, pp.105-124.
- SARLET, Ingo W. 2007. "As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível." *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. RBDC n. 09.
- SEGATO, Rita Laura. 2006. "Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais." *Mana*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 207-236.
- SILVA, Virgílio Afonso da. 2005. "A evolução dos direitos fundamentais." *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. 2014. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum.
- TAMBIAH, Stanley. 1997. "Conflito etnonacionalista e Violência coletiva no sul da Ásia." *Revista brasileira de ciências sociais*. nº 34, vol.12. Junho, tradução Vera Pereira, Revisão Mariza Peirano, 1997.

TAMIR, Yael. 1995. "Against Collective Rights." In: JOPKE, C.; LUKES, S. (ed.). *Multicultural Questions*. Oxford and New York: Oxford University Press, pp. 158-180.

TAYLOR, Charles. 1986. "Human rights: the legal culture." In: *Philosophical foundations of human rights*. Unesco, eds. Paris: Unesco.

\_\_\_\_\_. 1996. "Conditions of an unforced consensus on human rights." Bangkok Workshop, March 1996.

THE EXECUTIVE BOARD, American Anthropological Association. "Statement on Human Rights." *American Anthropologist*, New Series, Vol. 49, No. 4, Part 1 (Oct. - Dec., 1947), pp. 539-543.

VAN DYKE, Vernon. 1977. "The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory." *World Politics*, Vol. 29, No. 3, pp. 343-369.

\_\_\_\_\_. 1982. "Collective Entities and Moral Rights: Problems in Liberal-Democratic Thought." *The Journal of Politics*. Vol. 44, No. 1, pp. 21-40.

WALDRON, Jeremy (ed.). 1987. *Nonsense upon stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London and New York: Methuen.

\_\_\_\_\_. 1993. "Can communal goods be human rights?" In: *Liberal Rights*. Cambridge University Press, pp. 339-369.

\_\_\_\_\_. 2009. *Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley*. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 151.

ZECHENTER, Elizabeth M. 1997. "In the Name of Culture: Cultural Relativism and the Abuse of the Individual." *Journal of Anthropological Research*, Vol. 53, No. 3, Universal Human Rights versus Cultural Relativity, pp. 319-347.

ZIZEK, Slavoj. 2010. "Contra os direitos humanos." *Mediações*, Londrina, v. 15, n.1, p. 11-29.